Die Zustimmung eines Ehegatten zum ehewidrigen Verhalten des anderen

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Werner Krause

Gerichtsreferendar aus Berlin-Schöneberg

Marburg 1934

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 18. Mai 1933.

Berichterstatter: *Geh. Justizrat Prof. Dr. Alfred Manigk.*

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Mai 1933.

Meinem lieben Vater

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Historische Einleitung 1

Erster Teil: Die Zustimmung eines Ehegatten zum ehewidrigen Verhalten des anderen im Zivilrecht 4

A. Die rechtliche Natur der Zustimmung i. S. von § 1565, II BGB 4

§ 1. Allgemeines über äußere und innere Zustimmung 4

§ 2. Die verschiedenen Auffassungsmöglichkeiten der Zustimmung 5

§ 3. Zustimmung i. S. von § 1565, II und Verzeihung i. S. von § 1570 BGB 7

§ 4. Darstellung und Kritik der Auffassung der Zustimmung als Naturtatsache 8

§ 5. Darstellung und Kritik der Rechtsgeschäfts- und der Rechtshandlungstheorie 9

a) Rechtsgeschäftstheorie, Rechtshandlungstheorie und die Stellungnahme der Motive . . . 9

b) Der Vorgang der Zustimmung 10

c) Die Unerheblichkeit des menschlichen Willens für das Zustandekommen und Wirksamwerden der Zustimmung.
Entscheidung für die Rechtshandlungstheorie 11

1. Die Bedeutung von Zumutbarkeitserwägungen im Ehescheidungsrecht für die Auffassung der Zustimmung als Rechtshandlung . 11

2. Strafrechtliche Parallele: Der Rechtshandlungscharakter der Einwilligung des Verletzten 15

§ 6. Die Zustimmungsäußerung 17

a) Die Bestandteile der Zustimmung 17

b) Die Perfektion der inneren Zustimmung durch Äußerung 17

1. Die Erheblichkeit rein innerer Tatsachen . 17

2. Äußerung als Erfordernis der Rechtsexistenz emotionaler Tatsachen 17

3. Strafrechtliche Parallele: Die Notwendigkeit der Perfektion der Einwilligung des Verletzten 17

4. Die Perfektionshandlung als Indiz für die innere Tatsache der Zustimmung 19

Seite

B. Die materiellrechtliche Behandlung der Zustimmung i. S. von § 1565, II BGB 22

§ 7. Die zwingende Wirkung der Vorschrift des § 1565, II BGB 22

§ 8. Analoge Anwendung des § 1565, II auf § 1568 BGB 23

§ 9. Rechtshandlungsfähigkeit und Stellvertretung . 24

§ 10. Die Willensmängel 26

a) Geheimer Vorbehalt 26

b) Mangel der Ernstlichkeit 28

c) Irrtum und Täuschung 28

d) Zwang und Drohung 29

§ 11. Bedingung, Befristung, Auflagen 29

a) Bedingung 29

b) Befristung und Auflage 31

§ 12. Spezielle und generelle Zustimmung 31

§ 13. Zeitpunkt der Zustimmung 32

§ 14. Eventualzustimmung 33

§ 15. Der Widerruf der Zustimmung 33

§ 16. Die Zustimmung als Scheidungsgrund 37

C. Prozeßrechtliche Behandlung der Zustimmung i. S. von § 1565, II BGB 38

§ 17. Die Beweislast 38

Zweiter Teil: Die Zustimmung des einen Ehegatten zum ehewidrigen Verhalten des anderen im Strafrecht . . . 42

§ 18. Die Zustimmung als Einwilligung des Verletzten zu Vergehen gemäß §§ 171, 172 StGB 42

§ 19. Zustimmung und Kuppelei 45

Schluß: Zusammenfassung der Ergebnisse 46

Literatur.

Berger: Die zivilrechtliche Natur und Behandlung der Verzeihung. Marburger Diss. 1932.

Binding: Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgem. Teil, 8. Aufl. 1913.

— Handbuch des Strafrechts. I. Bd. 1885.

Brunner: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 8. Aufl. 1930.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. IV, 1908.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896.

Dernburg: Deutsches Familienrecht. 4. Aufl. 1908.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch 4. Aufl. 1929.

Ebers in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. von Stier-Somlo, 1927, Art.: „Ehe und Eherecht".

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem Bürgerlichen Recht. I. Bd. 1903.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Aufl. 1931 und II. Bd., 2. Abt., Aufl. 1928.

Fehr: Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern. 1912.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar. 11. bis 14. Aufl.; 16. Aufl.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. 1922.

Goldschmidt: Zivilprozeßrecht. 2. Aufl. 1932.

Hellmann: in Kritische Vierteljahrsschr. 48, 255.

Henke: Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. 1823.

Hergenhahn: Das Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht. 1888.

v. Hippel: Deutsches Strafrecht. Bd. II 1930.

Honig: Die Einwilligung des Verletzten, Teil I. 1919.

Holer: Die Einwilligung des Verletzten. Züricher Diss. 1906.

Hubrich: Das Recht der Ehescheidung in Deutschland. 1891.

Jung in Rudolf Stammler: Das gesamte deutsche Recht. I. Bd. S. 1025 ff.

Klein: Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. 1912.

— in Seufferts Blättern f. Rechtsanwendung 77, 368.

Köstlin: System des deutschen Strafrechts. Allgem. Teil. 1855.

Krückmann: in JW. 1928 S. 789.

Kuntze: Die Verzeihung in § 1570 BGB. in Gruchot 58 S. 800 ff.

Lehmann H.: in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Artikel: „Einwilligung".

— Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl., 1928.

Leonhard, Fr.: Die Beweislast. 1904.

Levis: in JW 1932 S. 1345.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.

Luden: Handbuch teutschen gemeinen und partikularen Strafrechts. Bd. I 1844.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.

— Irrtum und Auslegung. 1918.

— Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen in Reichsgerichts-Festgabe 1929, VI. Bd.

— in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Artikel: „Tatsachen".

— Wie stehen wir heute zum Naturrecht? Breslauer Rektoratsrede, 1926.

— Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen. in Jher. Jahrb. 49 S. 465 ff.

— Zum Begriff des Rechtsgeschäfts, in DJZ 1902.

— Artikel „manus" in Pauly's Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung 1930.

— System der juristischen Handlungen in Jher. Jahrb. 83, 1 ff.

Mantey: in Recht 1905 S. 524

Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.

Mezger: Die subjektiven Unrechtselemente in Ger.S. 89, S. 208 ff.

— Strafrecht 1931.

Mitteis: Die Ehe in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Reichsgerichts-Festgabe 1929, III. Bd. Abt. 2.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, Bd. IV. 1888.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. hrsg. von. Bd. IV, 1899.

Munk in J.W. 1929, S. 37.

Neumann: Die zivilrechtliche Natur und Behandlung der Verzeihung von Eheverfehlungen. Marburger Diss. 1930.

Oertmann: Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts. 1924.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. 1927.

Opderbeck: Die zivilrechtliche Natur und Behandlung der Verzeihung. Marburger Diss. (z. Zt. noch ungedruckt, nach dem Manuskript citiert).

Opet-Blume: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. und II. Abschnitt. 1906.

Planck: Kommentar zum BGB. 4. Aufl. 1928; IV. Bd. 1 Hälfte.

— Kommentar zum BGB. 4. Aufl. 1928; II. Bd. 2. Hälfte.

— Kommentar zum BGB. 4. Aufl. 1920 III. Bd.

Rehdans: Begriff, juristische Natur und rechtliche Behandlung der Verzeihung. Diss. 1904.

Reichel: Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte. 1931.

Reichsgerichtsräte-Kommentar. Kommentar von Reichsgerichtsräten. 7. Aufl. 1929.

Rosenberg: Die Beweislast. 2. Aufl. 1923.
— Ehescheidung und Eheanfechtung nach deutschem und ausländischem Recht. 1931.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts. 1921.
v. Savigny: Über die erste Ehescheidung in Rom. Vermischte Schriften Bd. I 1850.
Scherer: Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1898.
Schröder-Künßberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 7. Aufl. 1932.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. II 1932.
Soergel: Kommentar des BGB. 4. Aufl. 1929.
Sohm: Institutionen. 15. Aufl. 1917.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Aufl. 1926.
Süsser: in J.W. 1928 S. 3029.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Hälfte. 1914.
v. Unzner: in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Artikel „Ehe und Eherecht".
Wolff, Martin: Das Sachenrecht. 8. Bearbeitg., 1929.
— in Jher. Jahrb. 44.
Wächter: Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts. Teil I. 1825.
Zitelmann: in Archiv für Zivilistische Praxis 99 S. 42 ff.

Historische Einleitung.

Die dem BGB zugrundeliegende Anschauung über das Wesen der Ehe geht auf die Germanen und auf die Römer zurück, ist aber dann unter dem starken Einfluß des Christentums fortentwickelt worden. Nach ihrer Grundidee war die Ehe sowohl bei den Germanen wie bei den Römern[1]) zunächst eine lebenslängliche Gemeinschaft der beiden Gatten, deren Unauflöslichkeit Sitte und Sittlichkeit geboten[2]). Die Rechtspraxis löste sich jedoch bei beiden Völkern frühzeitig von dieser Anschauung los, Ehescheidungszivilverträge zwischen den Gatten wurden üblich (divortium). Die erste Ehescheidung in Rom fand nach Savigny[3]) im 5. Jahrhundert statt. Später wurde die Ehescheidung auch auf einseitiges Verlangen des Ehemanns möglich, wenn wichtige Gründe vorlagen. Die weitere Entwicklung ließ auch diese letzte Einschränkung fortfallen, über die Ehescheidung entschied nur noch die Willkür des Ehemannes, seine einfache Erklärung (repudium) genügte[4]). Die grundlose willkürliche Scheidung wurde zwar in der öffentlichen Meinung immer mißbilligt, dem wurde jedoch nur dadurch Rechnung getragen, daß dem geschiedenen Ehemann eine Vermögensbuße auferlegt wurde[5]).

Die christliche Religion verurteilte die Ehescheidung, vor allem die willkürliche[6]). In der römischen Gesetzgebung äußerte sich dies darin, daß die christlichen Kaiser die privaten Ehescheidungsstrafen durch öffentliche ersetzten. Grundlegenden Wandel brachte erst das kanonische Recht, durch Kaiser Karl den Großen in Deutschland zum Reichsrecht erhoben[7]), seit dem 13. Jahrhundert unbestritten herr-

---

[1]) vor allem die Patrizierehe (confarreatio), die sakralen Charakter hatte. Vgl. Manigk, Manus, S. 1388.

[2]) s. Definition der Ehe in § 1 Inst. I, 9: „Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens." Dernburg § 25, I S. 81; v. Unzner in Hwb. S. 118.

[3]) anno 520 a. u. c. Savigny, Vermsichte Schriften Bd. I S. 81.

[4]) In Rom später auch der Ehefrau. Dernburg, ebd; Sohm § 97, S. 640—42; Jung S. 1042; Schröder-Künßberg § 11 S. 71; § 35 S. 336.

[5]) Dernburg § 25, I S. 81; Sohm § 97 S. 642; Manigk, Manus, S. 1393; Brunner, Grundzüge S. 194; Rosenberg, Ehescheidung, Einl. XIII.

[6]) Der Grundsatz hat sich erst unter dem Einfluß des Christentums entwickelt. Daß die Germanen in dem Punkte freier dachten, geht aus dem Weistum der Sieben Hagen hervor. Vgl. Fehr, § 1 S. 2 bis 3.

[7]) Dernburg § 25, I Anm. 4 S. 81; Rosenberg, Ehescheidung, Einl. XIV.

schend[8]). Der Codex iuris canonici verbot die Ehescheidung ganz, ließ nur bei delictis carnis dauernde Trennung von Tisch und Bett zu[9]).

Diese strenge katholische Auffassung wurde durch die Reformation gemildert, wegen Ehebruchs wurde wieder die Ehescheidung zugelassen[10]), weitere Ausnahmen folgten. Das aufgeklärte 18. Jahrhundert durchdachte das Problem nicht mehr nur vom ethischen, sondern auch von rechtspolitischen Gesichtspunkten aus[11]). Eine ganze Liste von Ehescheidungsgründen in den Gesetzbüchern dieser Zeit, vor allem im preußischen ALR, war die Folge.

Das scheidungsfeindliche kanonische Recht, das ja immerhin für gewisse Fälle die Trennung von Tisch und Bett vorsah, kannte ebenso wie das gemeine protestantische Eherecht, das sächsische GB (§§ 1722 bis 1727), die Altenburgische Eheordnung (§ 200 lit. c) und, wenn auch eingeschränkt, das preußische ALR (II, 1 §§ 670, 671) eine Kompensation von Eheverfehlungen, eine Art von Aufrechnung der Fleischessünden beider Ehegatten gegeneinander[12]). Diese Ausgestaltung des Eherechts war verfehlt, da durch die Kompensationsmöglichkeit nach einer Eheverfehlung des einen Gatten dem anderen ein Freibrief für Verfehlungen seinerseits gegeben war. Aus diesem Grunde[13]) wurde eine Kompensationsmöglichkeit in das BGB nicht aufgenommen.

Der Codex iuris canonici enthielt außerdem die Einrede sträflicher Begünstigung der Kuppelei von seiten des verletzten Ehegatten[14]) und eine Bestimmung über Ausschluß der Trennung bei vorliegender Verzeihung[15]). Die Zustimmung zu Eheverfehlungen spielte jedoch, abgesehen von Kuppelei, noch keine Rolle. Ähnliche Regelungen enthielten die Partikularrechte der Zeit[16]). Es wurden zwar in den letzten Jahrzehnten vor Erlaß des BGB Stimmen laut, die einen gesetzlichen Ausschluß der Ehescheidung bei vorliegender Zustimmung konstruieren wollten[17]). Doch diese Versuche mußten mißlingen. Nach römischem sowie kanonischem Recht fiel die Zustimmung für die Zukunft ins Gebiet des Unerlaubten, der turpitudo[18]). Zustimmende Wil-

---

[8]) v. Unzner in HWB S. 118.

[9]) Can. 1128 bis 1130.

[10]) Dernburg § 25, III S. 82; Hubrich S. 43.

[11]) s. z. B. die Kabinettsordre Friedrichs des Großen vom 22. 5. 1783, gerichtet an den Reg.-Präsidenten v. Tevenar in Magdeburg. Im Auszug abgedr. bei Hubrich S. 185; Dernburg § 25, IV S. 82.

[12]) C 7 X de adulteriis (5, 16), Seuff. Arch. II, 194; XVII, 53; XXI, 59; XXIII, 230; XLI, 191.

[13]) Mot. § 1441, 6 S. 585; Mugdan S. 313. Preuß. Gesetzrevision Pens. XV S. 296 ff.; ebenso vorher schon Code cicil, Bad. Landrecht, hess. Entw., die eine Kompensation nicht erwähnen.

[14]) C 4 X de divort. IV, 19.

[15]) Sanchez X, 5 Nr. 19 f.

[16]) Vgl. Anm. 13.

[17]) Seuff. Arch. VII, 192; XX, 41; XXVIII, 34; XLI, 191. A. M. Ebers in HWB S. 133.

[18]) fr. 26 de verb. oblig. 45, 1; fr. 27, § 3, 4 de pact. 2, 14; Seuff. Arch. VIII, 268; XX, 41; XXVII, 139.

lensäußerungen wären unverbindlich gewesen. Die kanonische Bestimmung über Verzeihung[19]) und ebenso der § II, 1, 720 Pr. ALR konnten unmöglich auf die Zustimmung ausgedehnt werden[20]). Der Verzeihung widerstreitet die Beziehung auf eine künftige Tatsache[21]). Auch § II, 1, 719 Pr. ALR konnte auf die Zustimmung keine Anwendung finden, weil diese zwar unsittlich, aber nicht notwendig Veranlassung der Verfehlungen ist. Erlauben ist nicht gleich veranlassen[22]).

Die Versuche in der Rechtsprechung, der Zustimmung rechtliche Wirksamkeit zu verleihen, waren nur wertvoll als Vorschläge de lege ferenda. Das BGB hat sich in § 1565, II ganz eindeutig für eine Regelung in diesem Sinne entschieden und damit eine Lücke ausgefüllt, die, als solche längst erkannt, den notwendigen gesetzlichen Niederschlag bis dahin aber nicht gefunden hatte.

---

[19]) Das kanonische Recht sprach zwar in cap. X. de eo qui cogn. consanguin. 4, 13 demjenigen das Klagerecht auf Ehescheidung ab, der den Ehebruch des anderen Gatten verziehen oder diesen zum Ehebruch verleitet hatte. Dies waren jedoch lediglich Tatsachen, die in der Vergangenheit lagen; eine ausdehnende Auslegung der Bestimmung auf Zustimmung zu künftigen Verfehlungen war nicht möglich. Ein solches pactum wäre als pactum turpe nichtig gewesen. Vgl.: Seuff. Arch. VIII, 268.

[20]) so Seuff. Arch. VIII, 268; XXVII, 139; XLII, 215.

[21]) so Hergenhahn S. 33; Gruchot XXIX. S. 918/19.

[22]) so Hergenhahn S. 33; Gruchot XXIX S. 918; a. M. Hubrich S. 125.

Erster Teil:

Die Zustimmung des einen Ehegatten zum ehewidrigen Verhalten des anderen im Zivilrecht.

A. Die rechtliche Natur der Zustimmung i. S. von § 1565, II BGB.

§ 1. Allgemeines über äußere und innere Zustimmung.

Das BGB kennt die verschiedensten Arten von Zustimmungen, für die auch die Ausdrücke Einwilligung, Genehmigung, Gestattung, Ermächtigung und Erlaubnis im Gesetzestext vorkommen, z. B. die Zustimmung des gesetzlichen Stellvertreters zum Rechtsgeschäft des Mündels (§ 107), die Zustimmung des Ehemannes zum Rechtsgeschäft der Ehefrau (§§ 1395 ff.), die Zustimmung der Ehefrau zum Rechtsgeschäft des Ehemannes (§ 1376), die Zustimmung eines Ehegatten zum ehewidrigen Verhalten des anderen (§ 1365, II).

Der Begriff der Zustimmung ist an den verschiedenen Gesetzesstellen durchaus nicht derselbe. Es gibt im BGB nicht den Rechtsbegriff „Zustimmung" schlechthin; es kennt nur die Zustimmung des Ehegatten gemäß § 1365, II usw.

Auch abgesehen vom Rechtsbegriff hat ja das Wort „Zustimmung" verschiedene Bedeutungen. Dem Wortsinne nach bedeutet zustimmen dazustimmen, seine Stimme für eine Sache erheben. Parlamentarisch nennt man es, seine Stimme dafür abgeben. Dieses Zustimmen ist ein rein äußerlicher Vorgang, eine an andere gerichtete Aussage über eigene Vorstellungen. Es ist nicht notwendig, daß derjenige, der seine Stimme für einen Vorschlag in die Wagschale wirft, in seinem Inneren davon überzeugt ist, die Maßnahme, der er damit zustimmt, sei erforderlich, wünschenswert, richtig.

Es gibt noch eine andere Art der Zustimmung, ein innerliches Zustimmen, eine Sache des Gewissens, der Gesinnung, nicht so sehr des Willens. Wer nach eigener Überlegung zu der Auffassung kommt, eine Maßnahme sei richtig, begründet oder erforderlich, stimmt ihr zu. Er braucht seine Zustimmung nicht einem anderen kundzutun.

Das BGB hat sich nicht ausdrücklich für die eine oder andere Art der Zustimmung entschieden. Das Wort Zustimmung hat an verschiedenen Gesetzesstellen verschiedene Bedeutungen und diese müs-

sen entsprechend in die Kategorien des geltenden Privatrechtssystems eingeordnet werden. Zweifellos sind die meisten Arten von Zustimmungen zu den Rechtsgeschäften zu zählen. Sie beziehen sich auch gemäß § 182 BGB auf Rechtsgeschäfte, und die Frage, die für sie zu lösen übrig bleibt, ist lediglich die, ob für ihre Wirksamkeit Willenserklärungen erforderlich sind [1]), oder ob es sich um Willensgeschäfte handelt [2]).

Die Zustimmung i. S. von § 1565, II BGB nimmt schon insofern eine Sonderstellung ein, als sie sich auf rein tatsächliches Verhalten, auf Ehebruch, Doppelehe, widernatürliche Unzucht des anderen Ehegatten bezieht [3]). Der Gesetzgeber hat es unterlassen, die Rechtsnatur der Zustimmung [4]) ausdrücklich festzulegen, und somit ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft geblieben, die rechtliche Konstruktion und damit die für die Wirksamkeit der Zustimmung geltenden Regeln zu bestimmen. Da die Rechtswissenschaft jedoch nicht mit gesetzgeberischer Macht ausgerüstet ist, kann diese Bestimmung nur auf dem Wege der Auslegung dem bereits geltenden Recht des BGB durch Ergründung des Wesensinhalts der Zustimmung unter Heranziehung der dem gesamten Ehescheidungsrecht zugrundeliegenden Gedanken und Motive entnommen werden.

§ 2. Die verschiedenen Auffassungsmöglichkeiten der Zustimmung.

Alles menschliche Verhalten, insbesondere die Handlungen werden zu juristischen Handlungen, wenn sie dadurch, daß irgendein Satz des geschriebenen oder des Gewohnheitsrechts auf sie anwendbar wird, zum Rechtsleben in Beziehung treten, sie Ursachen von Rechtswirkungen werden [5]). Der Tatbestand der menschlichen Handlung hat, ohne daß weitere Folgen erforderlich sind [6]), juristische Bedeutung, wenn er gemäß der Rechtsordnung eine Rechtslage schafft, die denkend, „urteilend", erkannt werden kann [7]).

Das BGB verwendet in seiner Terminologie den Begriff der Rechtshandlung nicht, weil er zu umfassend ist. Es spricht vielmehr hauptsächlich vom Rechtsgeschäft, von der bald empfangsbedürftigen, bald nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung als den juristisch wichtigsten Erscheinungsformen menschlicher Handlungen. Den Verfassern des BGB war es bekannt, daß auch Handlungen Rechtsfolgen zeitigen, die nicht unter die Rechtsgeschäfte gerechnet werden können,

---

[1]) Z. B. § 182 BGB.

[2]) Sie sind bald Willenserklärungen, bald Willensgeschäfte. S. darüber Manigk, We u. Wg § 119 S. 527, 528.

[3]) Manigk a.a.O. § 171 S. 699.

[4]) „Zustimmung" ohne Zusatz bedeutet im folgenden stets Zustimmung i. S. von § 1565, II BGB.

[5]) Manigk, We u. Wg § 163, S. 666; ders. in HWB. Art. „Tatsachen" S. 847; We u. Wg § 156, S. 646.

[6]) a. M. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit S. 65 ff.

[7]) Manigk in Jher. Jahrb. 49 S. 465, 467, 469; 83, S 1 ff.

weil sie nicht ex voluntate, sondern ex lege wirken. Sie schlugen sogar für die nicht unerlaubten unter diesen Handlungen den Namen Rechtshandlungen (i. e. S.) vor [8]). Doch unterließen sie es, den Gegensatz von Rechtsgeschäft und Rechtshandlung i. e. S. innerhalb der Rechtshandlungen i. w. S. klar herauszustellen.

Nach dem Stande der modernen Rechtswissenschaft hat sich folgende Einteilung der Rechtshandlungen i. w. S. als die beste erwiesen:

Die erlaubten unter den Rechtshandlungen i. w. S., die hier nur interessieren, sind einzuteilen in solche, denen der Erfolgswille des Rechtssubjekts wesentlich ist, und andere, die auch ohne diesen wirksam sind [9]). Die erstere dieser beiden Gruppen führt die Bezeichnung Rechtsgeschäfte und zerfällt ihrerseits wiederum in die Willenserklärungen und Willensgeschäfte. Wie der Name besagt, muß bei den Willenserklärungen der Wille des Rechtssubjekts erklärt werden. Ausdrückliche Regeln für sie enthält der Allgemeine Teil des BGB. Den Willensgeschäften ist der zugrundeliegende Erfolgswille ebenfalls wesentlich, doch braucht er nicht erklärt, d. h. einem anderen zugänglich gemacht oder kundgetan zu werden.

Der Kategorie der Rechtsgeschäfte steht im System die der Rechtshandlungen i. e S. gegenüber [10]). Die Rechtshandlung i. e. S. unterscheidet sich vom Rechtsgeschäft und Willensgeschäft dadurch, daß sie nicht auf den Erfolg abgezielt zu sein braucht, also ganz unabhängig vom Erfolgswillen des Handelnden ist. In Betätigung ihm gewährter Privatautonomie beeinflußt der Wille des Rechtssubjekts die Wirkungen seiner Rechtsgeschäfte; er kann die von ihm gewünschten Rechtsverhältnisse schaffen. Die Wirkungen von Rechtshandlungen sind seiner Privatautonomie entzogen, sie treten ipso iure auf Grund gesetzlich normierter Tatbestandsmerkmale ein [11]). Der Spezifikant erwirbt gemäß § 950 BGB Eigentum an dem von ihm verarbeiteten Stoffe, ohne es zu wissen [12]). Eine Rechtshandlung [13]) wird auch nicht deswegen zum Willensgeschäft, weil sie von einem Rechtskundigen vorgenommen wird [14]).

Das gesamte Gebiet der Rechtshandlungen i. w. S. steht den Naturtatsachen gegenüber, den Tatsachen nämlich, die ohne menschliches

---

[8]) Mot. zum 1. Entwurf des BGB 1 S. 127.

[9]) Manigk, Irrtum S. 404; We u. Wg § 153 S. 639/640; in Jher. Jahrb. 83, 6 u. 36.

[10]) Manigk, We u. Wg § 154 S. 643; in Jher. Jahrb. 83, 6 und 36; Lehmann, Allgem. Teil, § 38, S. 295; v. Tuhr, § 48, II, 1 b, S. 106 ff.; Enneccerus-Nipperdey § 128 III, S. 413; Klein S. 18. Auch schon Planck, BGB I, 2. Aufl. 1898, S. 149. Mugdan S. 314.

[11]) Manigk, We u. Wg § 154 S. 643; § 155 S. 644, S. 665—667; Manigk in DJZ 02 S. 280; Berger S. 20/21; Klein S. 8, 19.

[12]) Manigk, We u. Wg § 155 S. 645. Planck III, § 950, S. 412; M. Wolff, Sachenrecht, § 73, III; Staudinger, III, Erl. 5 zu § 950; Eltzbacher, S. 220.

[13]) „Rechtshandlung" ohne Zusatz bedeutet im folgenden stets Rechtshandlung i. e. S.

[14]) Manigk, We u. Wg, § 163 S. 669; Klein S. 20.

Handeln bestehen und Rechtswirkungen äußern, wodurch sie zu juristisch bedeutsamen, juristischen Tatsachen gestempelt werden.

Die verschiedenen Möglichkeiten, die für die Einordnung der Zustimmung in das Privatrechtssystem bestehen, sind also die Auffassung der Zustimmung als Naturtatsache, als Rechtsgeschäft — Willenserklärung oder Willensgeschäft — oder als Rechtshandlung.

Alle diese möglichen Auffassungen sind in der Literatur schon vertreten worden, wenn nicht ausdrücklich für die Zustimmung, so dann für die Verzeihung des § 1570 BGB [15]).

§ 3. Zustimmung i. S. von § 1565, II und Verzeihung i. S. von § 1570 BGB.

Die Verzeihung des § 1570 BGB ist eine der Zustimmung sehr ähnliche Rechtsfigur. Ob Verzeihung oder Zustimmung vorliegt, kann sogar im Einzelfall schwer zu entscheiden sein. Der Hauptunterschied beider liegt darin, daß bei der Verzeihung ein Wechsel in der Gesinnung des Ehegatten erforderlich ist. Er muß zunächst die Handlungsweise des anderen Gatten mißbilligt haben und durch sie gekränkt worden sein. In der Verzeihung liegt der Wandel dieser Gesinnung. Durch die Zustimmung macht sich der Gatte dagegen die Handlung so zu eigen, daß sie sich gar nicht gegen ihn richtet; er gibt zu erkennen, daß er sie überhaupt nicht als Verletzung empfindet [16]).

Dieser Unterschied in den Gesinnungsvorgängen der Ehegatten ist gleichzeitig der Grund, auf dem die Unterschiede beider Rechtsfiguren und damit auch ihrer rechtlichen Behandlung beruhen. Im wesentlichen gleichen sie sich aber und haben deshalb den gleichen rechtlichen Erfolg:

Der verzeihende wie der zustimmende Ehegatte geht seines Scheidungsrechts aus den betreffenden Eheverfehlungen verlustig.

Die Hervorhebung ihrer verwandten und in vieler Hinsicht gleichen Wesensart möge als erster Hinweis dafür dienen, daß bei der Frage der Einordnung von Verzeihung [17]) und Zustimmung in die Systematik des Privatrechts gleiche Antworten erwartet werden dürfen.

---

[15]) Wegen der großen Ähnlichkeit beider Rechtsfiguren ist in dieser Abhandlung die Literatur über die Verzeihung i. S. von § 1570 BGB mitverwandt und ohne Zusätze zitiert worden. Dies erschien deswegen angebracht und möglich, weil die Zustimmung bisher wenig literarische Behandlung gefunden hat und bei allen Rechtsfragen in dieser Abhandlung stets hervorgehoben wurde, wenn bezüglich der Verzeihung anderes gelten muß.

[16]) Krückmann in JW 1928, 789; Planck § 1565, 17; Klein S. 105; Berger S. 27/28; Neumann S. 22; Seuff. Arch. 74 S. 320; OLG Hamburg 3, 33; Naumburg 26, 231; Manigk, We u. Wg § 171 S. 700; ebenso schon Mot. § 1441, 7 S. 586/87; Mugdan S. 314; Kanonisches u. gem. protestant. Recht, s. Seuff. Arch. VII, 192; XX, 41.

[17]) „Verzeihung" ohne Zusatz bedeutet im folgenden stets Verzeihung i. S. von § 1570 BGB.

§ 4. Darstellung und Kritik der Auffassung der Zustimmung als Naturtatsache.

Zustimmung und Verzeihung sind als „rein tatsächliche Vorgänge, seelische Vorgänge, faktische Akte, innereTatsachen" aufgefaßt worden [18]).

Keiner der betreffenden Verfasser meinte damit wohl, daß die Zustimmung bezw. die Verzeihung überhaupt nicht juristische Tatsache wäre, wie Opderbeck annimmt. Mit dem Hinweis auf den Tatbestand des § 1565, II bezw. § 1570 BGB wäre diese Ansicht widerlegt [19]). Sie sahen offenbar vielmehr die Zustimmung als juristisch bedeutsame, Rechtswirkungen erzeugende Naturtatsache, und zum Teil als ohne menschliche Handlung wirkende Tatsache des Innenlebens an; sie teilten damit die Zustimmung der Kategorie im Rechtssystem zu, die innerhalb der juristischen Tatsachen den Handlungen (i. w. S.) gegenübersteht. Für ihre Auffassung machten sie geltend, daß sie allein dem sittlichen Wesen der Ehe entspräche [20]). Besonders die Verzeihung als Ergebnis eines inneren Kampfes könne nicht durch eine Handlung, sondern nur psychisch erfolgen. Die Vertreter dieser Meinung wollten damit die Willkür des Rechtssubjekts ausschalten, diesem die Parteidisposition entziehen, da dies mit dem sittlichen Charakter der Ehe unvereinbar sei. Sie übersahen dabei, daß sie mit ihrer Begründung nur der Rechtsgeschäftstheorie entgegentreten, nicht aber der Auffassung der Zustimmung als Rechtshandlung [21]). Ein Verhalten ist für eine rechtswirksame Zustimmung aber grundsätzlich erforderlich, die Gegentheorie muß abgelehnt werden. Sie gibt sich ja selbst auf, indem sie für die Beweisbarkeit doch äußere Kennzeichen der Zustimmung fordert. Indem sie einsieht, daß die rein innere Tatsache in der Rechtspraxis dem Richter einen zu undeutlichen, unklaren, unfaßbaren Anknüpfungspunkt bietet, versucht sie, die darin enthaltene Schwierigkeit dadurch zu umgehen, daß sie ihre Forderungen auf das Gebiet des Prozeßrechts verlegt, nur um den grundsätzlichen Standpunkt halten zu können. Damit die innere Tatsache beweisbar sei, müsse sie sich dem Reiche innerer Empfindungen entringen und äußerlich erkennbar werden [22]). Die Theorie übersieht, daß die Beweisbarkeit nicht materiellrechtliches Tatbestandsmerkmal sein kann [23]). Aus dem Umstand, daß die rein innere Tatsache der Zustimmung für die Praxis des Rechts nicht genügen kann, ist vielmehr zu entnehmen, daß der Tatbestand des § 1565, II ein menschliches Handeln erfordert, ein

---

[18]) Kuntze in Gruch. 58 (1914) 804; Rehdans S. 15; RGRKomm. § 1570, 3; Planck-Unzner § 1570, 3; Staudinger § 1570, 4; Süsser in JW 28 S. 3029.

[19]) Opderbeck, Teil I, § 1, S. 8.

[20]) Staudinger-Engelmann § 1570, 4.

[21]) richtig Opderbeck, Teil I, § 2, S. 10.

[22]) Rehdans S. 19; Kuntze in Gruch. 58 S. 805.

[23]) Opderbeck, Teil I, § 2, S. 14 folgert dies daraus, daß sonst im Prozeß der Beweis der Beweisbarkeit erbracht werden müßte.

Verhalten, ein Tätigwerden, eine Rechtshandlung i. w. S. Diesen Schluß unterstützen auch die Motive[24]), die verlangen, daß das Einverständnis zu dem Verhalten des Ehegatten in irgendeiner Art tatsächlich zu erkennen gegeben werde, z. B. durch Anstiftung eines Dritten. Für die Verzeihung enthielten die Tatbestände II, 1 § 720 Pr. ALR und Sächs. BG §§ 1720 und 2598 die gleiche Forderung, indem sie von ausdrücklicher oder stillschweigender Verzeihung sprechen. Die Attribute ausdrücklich oder stillschweigend können sich nicht auf ein rein inneres Verhalten beziehen, sondern nur auf eine Aussage, die unter Umständen auch in einem stillschweigenden konkludenten Verhalten liegen kann[25]). So sprechen also auch historische Gründe für die hier vertretene Ansicht. Für rechtswirksame Zustimmung ist ein äußeres Verhalten unbedingt notwendig[26]). Die Gesinnung ist emotionale Vorstellung und bewährt sich nicht nur sittlich erst in der Tat; sie gewinnt in dieser ebenso wie die Absichtsvorstellung auch erst die ihre rechtliche Bedeutung bedingende Substanz.

§ 5. Darstellung und Kritik der Rechtsgeschäfts- und der Rechtshandlungstheorie.

a)

Die weitere Untersuchung hat nur dazu Stellung zu nehmen, welcher Kategorie innerhalb der Rechtshandlungen i. w. S. die Zustimmung zugeteilt werden muß.

Mehrfach wird in der Literatur eine Rechtsgeschäftstheorie vertreten[27]), und zwar wird die Zustimmung sowohl als Willenserklärung aufgefaßt wie auch als Willensgeschäft[28]). Diese Meinungen stehen im klaren Widerspruch zunächst schon zu den Motiven[29]), die ausdrücklich hervorheben, daß die Zustimmung keinen rechtsgeschäftlichen Charakter habe.

Die Kritik der Rechtsgeschäftstheorie erfolgt zweckmäßigerweise gleichzeitig mit der Darstellung und Kritik der Rechtshandlungstheorie, die in der neueren Rechtswissenschaft hauptsächlich vertreten wird[30]).

Entsprechend dem Grundunterschied von Rechtsgeschäft und Rechtshandlung verlangen die Vertreter der verschiedenen Theorien für die Wirksamkeit der Zustimmung entweder die Erheblichkeit des auf die Rechtsfolge der Zustimmung abgestellten Willens des

---

[24]) Mot. § 1441, S. 587.

[25]) Opderbeck, Teil I, § 2, S. 11.

[26]) so Opderbeck, der in Teil I, § 2 auf S. 9—15 die Auffassung der Verzeihung als Naturtatsache ausführlich ablehnt.

[27]) Dernburg § 209 S. 158; Reichel S. 48; Scherer S. 264; Manthey in Recht 1905 S. 524.

[28]) Hellmann, Krit. Viert.Jahr.Schr. 48 S. 255.

[29]) Mot. § 1441, S. 587, IV S. 602.

[30]) so Manigk, We. u. Wg § 171, S. 699; Opet § 1570, 2; Berger S. 28 u. 45; Klein S. 104; RGRK § 1565, 4.

Rechtssubjekts bezw. dessen Nichtberücksichtigung. Um Stellung nehmen zu können, muß zunächst der dem Rechtsgeschäft bezw. der Rechtshandlung zugrundeliegende Tatbestand einer Prüfung unterzogen werden.

b)

Der Vorgang der Zustimmung dürfte sich regelmäßig so abspielen: In den Gedankenkreis des einen Ehegatten tritt eine bereits zur Tat gewordene oder eine in Zukunft mögliche Eheverfehlung des Partners und trifft auf eine vorliegende Gesinnung. Zwar kann die Gesinnung des Gatten sich im Laufe der Zeit verändern, im Augenblick des beginnenden inneren Prozesses jedoch, den der Gedanke an die Eheverfehlung auslöst, hat sie einen bestimmten Stand erreicht und setzt dem, was sie dem andern Gatten äußerstenfalls gestatten kann, eine Grenze. In dem Denkvorgang wird der Gatte sich darüber klar, ob er die Verletzung als unerträglich empfinden muß und ihr daher nicht zustimmen kann, oder ob sie ihm gleichgültig, wohl gar willkommen ist. In den letzteren Fällen empfindet er sie nicht als Verletzung und stimmt ihr also zu [31]).

Kostete ihn das billigende Resultat Überwindung, so geht daraus hervor, daß er das betreffende Verhalten zunächst mißbilligte. Gehört dieses bereits der Vergangenheit an, so liegt in der inneren Stellungnahme keine Zustimmung, sondern innere Verzeihung.

Liegt nach Abschluß des Denkvorgangs, der längere Zeit gedauert haben kann, innere Zustimmung des Gatten vor, d. h. ist dieser sich über seine eigene Entscheidung klar geworden, daß er der Verfehlung zustimmt, dann verlangt der nunmehr eingetretene Zustand emotionaler Vorstellungen nach einer Äußerung, wenn nicht direkt an den Ehepartner, so doch in irgend einer Weise. Ein für ihn so wichtiger Gedankengang muß den Ehegatten in einer Spannung lassen, die nach Entladung drängt [32]). So wird das Verhalten des Gatten Indizien dafür liefern, in welchem Sinne er sich entschieden hat. Das gilt auch für den Fall, daß der Gatte für diese Art von Verletzungen kein Gefühl mehr haben sollte, sodaß sie ihn gleichgültig lassen; denn auch dies wird sich in seinem eigenen Verhalten widerspiegeln.

Der innere Vorgang der Zustimmung ist eine Tatsache des menschlichen Vorstellungs- und Gefühlslebens, die sich ihrer emotionalen Natur wegen in äußerem Verhalten auswirkt [33]).

Es sei hier daran erinnert, daß auch die Zustimmung als Rechtsgeschäft, und zwar sowohl als Willenserklärung wie als Willensgeschäft, volitiver, nicht kognitiver Natur ist, und daher auch dort nur auf Grund äußeren Verhaltens wirkt.

---

[31]) Berger S. 27; JW 1928 S. 789.

[32]) Berger S. 18; Neumann S. 56; Manigk We u. Wg § 151, S. 631, 633.

[33]) Manigk, We u. Wg § 171 S. 700; Berger S. 23; Neumann S. 22.

Berger [34]) unterscheidet bei der Verzeihung Versuch und Vollendung. Eine versuchte Verzeihung bleibt ein Nichtverzeihen. Das Stadium des inneren Kampfes, in dem der Ehegatte sich darüber noch unschlüssig ist, ob er verzeihen wird oder nicht, könnte man mit Versuch der Verzeihung bezeichnen, ohne daß aber die Einführung dieses Begriffs einen Zweck hätte. Ebenso könnte von Zustimmungsversuch gesprochen werden, doch ist auch diese Rechtsfigur aus dem gleichen Grunde überflüssig.

c)

Der innere Vorgang muß in einem äußeren Verhalten zum Ausdruck kommen, damit von rechtserheblicher Zustimmung gesprochen werden kann. Muß für die Äußerung der Zustimmung aber eine Willenserklärung verlangt werden, muß überhaupt der Rechtsfolgewille des Rechtssubjekts dabei eine Rolle gespielt haben? Mit anderen Worten: Ist der Eintritt der Rechtswirkung des § 1565, II BGB der Privatautonomie des verletzten Ehegatten überlassen?

Diese Frage ist zu verneinen und der Rechtshandlungstheorie damit der Vorzug zu geben vor der Rechtsgeschäftstheorie. Bei der Zustimmung wie bei der Verzeihung kommt es nicht darauf an, ob der Ehegatte den Tatbestand des § 1565, II bezw. 1570 BGB herstellen und die dort normierten Rechtsfolgen bewirken will, auch nicht darauf, ob er eine dahingehende Erklärung abgibt, sondern allein darauf, ob er wirklich zustimmt oder verzeiht. Dies ist das Wesen der Rechtshandlung, daß sie die gesetzlichen Folgen zeitigt, die der Handelnde vielleicht gar nicht kennt, oder, was hier sehr in Betracht kommt, sogar ablehnt.

Schon hier ergibt sich als wichtigste Folgerung, daß der Ehegatte den Verlust des Scheidungsrechts nicht gemäß § 119 BGB anfechten könnte, wenn er diese Rechtsfolge seines zustimmenden Verhaltens nicht gewollt oder gekannt hat.

1.

Die Rechtshandlungstheorie wird durch die Gründe gestützt, die den Gesetzgeber veranlaßten, die Bestimmung des § 1565, II BGB geltendes Recht werden zu lassen. Sowohl die absoluten wie die relativen Scheidungsgründe sind den Ehegatten deswegen für Scheidungen zur Verfügung gestellt worden, weil der Staat trotz seines im allgemeinen bestehenden Interesses an der Erhaltung der Ehen es gekränkten Gatten in gewissen Fällen nicht länger zumuten darf, die Ehe fortzusetzen.

Das Zumutbare ist die Grenze dessen, was der Staat in seinem Streben nach Schaffung und Erhaltung sittlicher Zustände von seinen Bürgern erzwingen darf. Das Recht muß darauf als eine der wichtigsten Grundlagen menschlichen Zusammenlebens überhaupt [35]) Rück-

---

[34]) Berger S. 35; ebenso RGRK § 1570, 3; RG 134, 140; JW 1916, 46; 1932, 1347; LZ 1923, 132.

[35]) Jung S. 1043.

sicht nehmen. Es „repräsentiert in seiner Sonderidee einen bewußten Verzicht gegenüber der sittlichen Idee". Es gibt ein „Recht des Rechts"! [36])

Die Bestimmungen der §§ 1565, II und 1570 BGB passen sich diesem Gedanken folgerichtig an. Sie sind zur Ergänzung des Scheidungsrechts geradezu notwendig aus der Erwägung heraus, daß dem Ehegatten, der trotz einer Eheverfehlung des anderen diesem verziehen oder zugestimmt hat, die Fortsetzung der Ehe mit diesem Partner sehr wohl zugemutet werden kann.

Das Eingehen einer Ehe verpflichtet nach allgemeiner Anschauung beide Ehegatten zu ehelicher Lebensgemeinschaft. Solange ein Gatte dieses Verhalten beobachtet, kann er von dem anderen die Fortsetzung der Ehe verlangen. Er kann dies nicht mehr bei groben Verstößen gegen das Wesen der Ehe, wie sie in den §§ 1565—1568 BGB gekennzeichnet sind [37]). Diese Gesetze beantworten die Frage, von welchen Verstößen in der für das BGB gedachten Normalehe vermutet wird, daß sie die eheliche Gesinnung des durch sie gekränkten Ehegatten, d. h. das Maß von Zuneigung, das erforderlich ist, die Fortsetzung der Ehe erträglich zu machen, zerstören.

Zweifellos gibt es viele Ehen, auf die der objektive Maßstab dieser Normalehe nicht paßt — vielfach Künstlerehen —, Ehegatten, die manches erträglich und als mit der Ehe verträglich empfinden, was der gute Bürger gemeinhin als grobe Verletzung der ehelichen Pflichten empfindet. Bei den relativen Scheidungsgründen des § 1568 BGB müssen ja ohnehin für die Ehen verschiedene Maßstäbe angelegt werden. Dies ist aber auch notwendig hinsichtlich der absoluten Scheidungsgründe, soweit es sich um Zustimmung handelt [38]). Man denke nur an die Ehe eines impotenten Mannes, der von vornherein damit einverstanden war, daß seine Frau mit ihm genehmen Männern den Beischlaf vollziehen dürfe. Macht die Frau von dieser Erlaubnis Gebrauch, so ist das in diesem Falle kein Verstoß gegen ihre ehelichen Pflichten. Die eheliche Gesinnung der beiden Gatten, die eben nicht in einer „gut bürgerlichen" Ehe leben, braucht dadurch nicht zerstört zu werden. Für solche Fälle, die ja nicht stets so kraß liegen, wie der geschilderte, enthält das Gesetz die Bestimmungen der §§ 1565, II und 1570 BGB.

Hat ein Ehegatte dem objektiv als Eheverfehlung erscheinenden Verhalten des anderen zugestimmt oder dieses nachträglich verziehen, so geht daraus hervor, daß seine eheliche Gesinnung nicht zerstört worden ist, ja daß er sich die Handlung des anderen zu eigen gemacht hat [39]). Es ist daher keine Zumutung, von ihm zu verlan-

---

[36]) Manigk, Naturrecht S. 36/37; ders. in JW 1930 S. 234, 235; Mugdan S. 301.

[37]) Gewährte doch selbst die katholische Kirche bei Fleischesverbrechen die Möglichkeit lebenslänglicher Scheidung von Tisch und Bett.

[38]) RG 96, 269.

[39]) Mot. § 1441, 7 S. 587: Der zustimmende Ehegatte macht sich die Handlung zu eigen. Er gibt zu erkennen, daß sie ihn nicht afficiert, ihm die Ehe nicht unerträglich macht.

gen, daß er die Ehe mit dem Gatten, dessen Verhalten er zugestimmt oder das er verziehen hat, fortsetze. Da die Frage der Zumutbarkeit den Gesetzgeber veranlaßte, Ehescheidungsmöglichkeiten zu geben, mußte er sie folgerichtig in den Fällen der §§ 1565, II und 1570 BGB versagen, und hat es getan [40]). Äußere Zustimmungs- bezw. Verzeihungserklärungen sind hier nicht gemeint, sondern lediglich zur Tat gewordene Gesinnungsvorgänge. Die Zustimmung muß deswegen ebenso wie die Verzeihung den Rechtshandlungen zugerechnet werden. Da es auf den Äußerungswillen des Zustimmenden nicht ankommt [41]), ist die Zustimmung auch nicht den Mitteilungen zuzurechnen, die im System der Rechtshandlungen eine Gruppe bilden. Ist die Gesinnung erkennbar geworden, verwirklicht worden, so ist sie selbst dann rechtswirksam, wenn der Gatte die innere Einstellung gegen seinen Willen gezeigt haben sollte.

Das sittliche Grundprinzip, das unser Eherecht beherrscht, verbietet es, die Rechtsfolgen der §§ 1565, II bezw. 1570 BGB von der Willkür des verletzten Rechtssubjekts abhängig zu machen. Die Frage, ob einem Ehegatten die Fortsetzung seiner Ehe zugemutet werden kann, ist nicht seiner unmittelbaren Disposition anheimgestellt worden. Die Zustimmung ist kein Akt der Privatautonomie!

Aus diesen Gründen muß der Auffassung der Motive beigepflichtet werden, daß Verzeihung wie Zustimmung keinen rechtgeschäftlichen Charakter haben [42]).

Die Rechtsgeschäftstheorie würde auch in der Praxis zu unbrauchbaren Ergebnissen führen. Begnügt man sich nicht mit irgendeinem Anzeichen der Gesinnung, sondern verlangt entweder eine Willenserklärung oder ein Willensgeschäft, so wird die Anwendbarkeit der §§ 1565, II und 1570 BGB häufig von der Geschwätzigkeit der betroffenen Ehegatten abhängen [43]). Dies kann nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.

Falsch wäre es aber auch, die Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf die Zustimmung analog anwenden zu wollen. Eltzbacher sieht zwar ein, daß die Verzeihung und ebenso wohl auch die Zustimmung nicht rechtsgeschäftlichen Charakter haben, folgert aber daraus nicht, daß sie als Rechtshandlungen eigenen Gesetzen folgen, sondern gibt ihnen eine Mittelstellung mit dem Namen „Gefühlsäußerungen“ [44]). Die

[40]) Motive § 1441, 7, S. 586; Mugdan S. 301; Planck § 1568, 14; Eltzbacher S. 187/88; Klein S. 106; RGRK § 1565, 4; RG 96, 269; 123, 237.

[41]) Manigk, We u. Wg § 171, S. 700, Anm. 812; Neumann S. 21/22; Klein S. 107.

[42]) Mot. § 1441, 7, S. 587; Mugdan S. 314. Ebenso Staudinger § 1565, 6 a α; Planck § 1565, 15 S. 631; Soergel § 1565, 2; Klein S. 20, 105; Neumann S. 29/30.

[43]) Opderbeck, Teil I, § 4, S. 38.

[44]) Eltzbacher S. 143, S. 198/99; ebenso v. Tuhr § 48, II, 3, S. 120/121; ähnlich früher Klein in Arch. S. 106; jetzt stimmt er Manigk zu, S. 106; Planck-Unzner § 1570, 6: „Ausdruck einer Empfindung“. Für analoge Anwendung der Rechtsgeschäftsgrundsätze auch Matthiaß § 46, II B 2 c.

Konsequenz, die er aus dieser grundsätzlichen Stellungnahme zieht, ist richtig. Handelte es sich bei Verzeihung und Zustimmung um Gefühlsäußerungen, so wären sie in der Tat erklärungsähnlich. Äußerungen, gleichgültig ob des Gefühls oder des Willens, sind jedenfalls stets Tatsachen der Außenwelt, die sich auf psychische Vorgänge höchstens rückbeziehen können. Es wird daher sehr schwer fallen, zwischen den Gefühlsäußerungen nach Eltzbacher und echten Willenserklärungen überhaupt einen Unterschied zu machen. In der Intensität kann er nicht liegen, genügen doch schon schwache Anzeichen für Willenserklärungen, wenn sie nur konkludent auf den Rechtsfolgewillen schließen lassen. Was Zustimmung und Verzeihung von den Willenserklärungen nach der Ansicht Eltzbachers allein trennt, ist der Ursprung des zugrundeliegenden inneren Moments, der bei jenem nicht dem Willen, sondern dem Gefühl entspringe. Diese Gedankengänge führen folgerichtig zur Anwendung der Rechtsgeschäftsgrundsätze auf die Zustimmung.

Eltzbacher ist aber nicht zuzustimmen. Verzeihung und Zustimmung bestehen nicht in Äußerungen, sondern Äußerungen sind erforderlich, weil sich in ihnen die Gesinnung erst vollendet [45]). Eine echte Gesinnung äußert sich um ihrer Wirklichkeit willen, daher wird eine Rechtshandlung gefordert. Innerlich gebliebene Gesinnung ist keine Handlung [46]). Da die innere Zustimmung sich erst in einem äußeren Verhalten verwirklicht, kann sie rechtliche Bedeutung nur durch solche Perfektion erlangen. Diese ist der Ausgangspunkt der Betrachtung, die den Gesinnungsvorgang zum Gegenstande hat.

Mit den die Rechtshandlungstheorie begründenden Darlegungen ist auch eine andere Mittelmeinung widerlegt, die in der Zustimmung einen Verzicht auf das Scheidungsrecht erblickt. Ein Verzicht wäre aber überhaupt unwirksam [47]), da die §§ 1565, I; 1566—1568 BGB zwingendes Recht enthalten. Ein Verzicht kommt nur als rechtsgeschäftlicher Akt der Privatautonomie in Betracht. Das Ehescheidungsrecht ist aber zum Schutz der vom Staate aufgestellten sozialen und ethischen Grundsätze, die eine Ehescheidung erschweren sollen, der Privatautonomie entzogen. Nicht in einem Verzicht des zustimmenden Ehegatten kann also der Verlust seines Scheidungsrechts begründet sein, sondern in seiner zustimmenden Gesinnung, die durch irgendeine Äußerung Rechtswirksamkeit erlangt hat. Möglich ist es allerdings, daß in einer unwirksamen Verzichtserklärung eine gültige Zustimmung enthalten ist [48]).

---

[45]) Manigk, We u. Wg § 151 S. 631; § 170 S. 697/98; Berger S. 17.

[46]) Manigk, We und Wg § 143 S. 603.

[47]) Opet § 1570, 6; Neumann S. 17; OLG Dresden 24, 15; a. M. Planck-Unzner § 1570, 20; RGRK § 1570, 4; Recht 1900, 1146; 1910 Nr. 3013; Gruch. 62, 245; Warneyer 18 Nr. 148.

[48]) so Planck § 1565, 24; RGRK § 1565, 4; Reichel S. 48; Kuntze in Gruch. 58 S. 805; Berger S. 21/22; 39/40; a. M. Neumann S. 17 u. 25, der annimmt, daß in der Verzeihung gleichzeitiger Verzicht enthalten sei.

Welche Meinung den Entscheidungen des Reichsgerichts zugrunde liegt, ist bedauerlicherweise nicht klar ersichtlich. Deutlich betont wird nur, daß die Zustimmung keinen rechtsgeschäftlichen Charakter habe[49]). Im übrigen ist der Terminologie nichts Sicheres zu entnehmen. Die Wendungen „rein tatsächlicher Vorgang", „faktischer Akt", „sittlicher Vorgang" u. ä. lassen auf die Auffassung als Naturtatsache schließen[50]). Andere Entscheidungen legen auf die Äußerung größten Wert. Die Zustimmung sei die Äußerung, der Ausdruck, die Kundgebung eines inneren Vorgangs. Sie scheinen daher der von Eltzbacher verfochtenen Theorie nahezukommen[51]). Viele Entscheidungen lassen aber auch erkennen, daß die Zustimmung als Rechtshandlung angesehen wurde. Sie sei ein tatsächlicher Vorgang, aus dem auf eine bestimmte Gesinnung zu schließen sei[52]). Dagegen wird auch ausgeführt, eine solche Rückschlüsse zulassende Kundgebung genüge nicht[53]). Wenn es auch scheint, daß das Reichsgericht in der letzten Zeit die Rechtshandlungstheorie bevorzugt habe, so muß doch festgestellt werden, daß es zu sicherer Klarheit bisher noch nicht durchgedrungen ist, was auch schon aus der Mannigfaltigkeit der gebrauchten terminologischen Wendungen hervorgeht.

2.

Eine interessante Parallele findet sich im Strafrecht, die die Auffassung der Zustimmung als Rechtshandlung ebenfalls unterstützt. Die Einwilligung des Verletzten schließt, wenn nicht der Staat ein besonderes Interesse an der Bestrafung der Handlung hat[54]), deren Rechtswidrigkeit aus.

Im Strafrecht herrscht der gleiche Meinungsstreit über die Erfordernisse gültiger Einwilligung des Verletzten wie im Zivilrecht über die gültiger Zustimmung.

Von Zitelmann stammt die Rechtsgeschäftstheorie[55]), nach der die Einwilligung ein Rechtsgeschäft des Privatrechts ist, das dem Täter ein Recht auf die Handlung verleihe. Wäre die Ansicht richtig, dann freilich müßten die §§ 182 ff. BGB hier direkte Anwendung fin-

---

[49]) Recht 1911, 752; 1915, 2047; DJZ 1919 S. 939; Gruch. 54, 1040; 58, 1047; JW 1910, 476; Warn. 1914 Nr. 218; 1915 S. 143; 1917 Nr. 174; 1930 Nr. 167.
Ganz deutlich Gruch. 58, 1047 u. Warn. 1914 Nr. 218: Der zustimmende Gatte werde zwar in der Regel den rein tatsächlichen Vorgang zu erkennen geben, nötig sei dies jedoch keineswegs.

[50]) Recht 1914, 2475; DJZ 1919 S. 939; Gruch. 60, 867; Warn. 1914 Nr. 218; 1915 S. 143; 1930 Nr. 17; 167.

[51]) RG 23, 316; 20, 128; Recht 04 Nr. 1651; 1911, 752; JW 24, 294; 31, 1264; Warn. 16 Nr. 110; 17 Nr. 24; 22 Nr. 56; 26 Nr. 120.

[52]) Jur. Rdsch. 27 Nr. 27.

[53]) Warn. 1930 S. 105.

[54]) Vgl. S. 42 ff. dieser Abhandlung.

[55]) Zitelmann, Arch. Ziv. Prax. 99, 42 ff.; Frank, 11—14. Aufl. vor § 51, III S. 109, später aufgegeben, 16. Aufl. vor § 51, III S. 133; Keßler § 2 S. 26; § 7 S. 99/100; einschränkend Honig S. 163.

den. Zitelmann verkennt, daß die Einwilligung des Verletzten für das Privatrecht als Rechtsgeschäft besonders berücksichtigt werden muß. Im Strafrecht kann es sich nur um die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund des Täters handeln [56]).

Die herrschende Meinung lehnt deswegen die Rechtsgeschäftstheorie ab und faßt die Einwilligung als Rechtshandlung auf. Es kann ihrem Wesen nach nicht darauf ankommen, daß der Täter zur Zeit der Tat Kenntnis der Einwilligung hatte oder haben mußte. Diese wirkt vielmehr ohne Rücksicht darauf objektiv [57]). Bei vorliegender Einwilligung fehlt objektiv die Rechtswidrigkeit und der Wille des Täters, der glaubt, eine strafbare Handlung zu begehen, ist kein verbrecherischer. Eine strafbare Handlung liegt genau so wenig vor, als hätte der Täter in der falschen Annahme, sich strafbar zu machen, eine Tat begangen, auf die sich überhaupt kein Strafgesetz bezieht. Es ist demnach keine Frage, daß ein Zugehen der Einwilligungserklärung nicht erfordert werden kann.

Ob die Einwilligung im Willen oder in der Gesinnung des betreffenden Rechtssubjekts ihren Ursprung hat, kommt auf den Einzelfall an. Die Einwilligung in eine Sachbeschädigung oder Körperverletzung, in einen Diebstahl, wird auf dem Wollen, die in eine Beleidigung auf Gesinnung beruhen. Sicher ist aber, daß der Wille des Rechtssubjekts sich zur Wirksamkeit der Einwilligung nicht auf den Rechtserfolg der Nichtstrafbarkeit des Täters zu beziehen braucht. Ist die Einwilligung tatsächlich vorhanden, so tritt zwingend der Ausschluß der Rechtswidrigkeit ein [58]).

Diese Unabhängigkeit ist ein Merkmal, das die Rechtshandlung vom Rechtsgeschäft unterscheidet. Der privatrechtlichen Rechtsgeschäftsauffassung von der Einwilligung des Verletzten im Strafrecht kann deshalb nicht beigetreten werden, die Rechtshandlungstheorie verdient den Vorzug [59]).

Da das Ehescheidungsrecht mit Ausnahme des § 1569 BGB auf dem Verschuldungsprinzip aufgebaut ist [60]) — die Rechtsgeschichte kennt sogar Ehescheidungsstrafen —, so kann der Rechtshandlungscharakter der Einwilligung des Verletzten im Strafrecht zur Unterstützung der Rechtshandlungsauffassung von der Zustimmung i. S. des § 1565, II BGB als Parallelerscheinung herangezogen werden.

---

[56]) Manigk in Jher. Jb. 83, 27, Anm. 1; Mezger § 28, I S. 208; Frank, 16. Aufl. vor § 51, III S. 133; Liszt-Schm. § 35, IV S. 204; Mezger in Ger.S. 89, S. 276/277.

[57]) Mezger § 28, I S. 209; Liszt-Schm. § 35, IV S. 204; Hippel § 19, II, 5 S. 248; einschr. Honig S. 153 ff.; Manigk in Jher. Jb. 83, 27, Anm. 1. A. M. Keßler S. 105 ff.

[58]) Mezger § 28, I S. 209/210; Liszt-Schm. § 35 S. 204; Hippel § 19, II, 5 S. 248.

[59]) Mezger § 28, I S. 209 ff.; Ebermayer Einl. 13 S. 19; Hippel § 19, II, 5, S. 248; Liszt-Schm. § 35, IV A. 12.

[60]) Mugdan S. 304.

§ 6. Die Zustimmungsäußerung.

Aus der bisherigen Erörterung geht hervor, daß es nach dem Willen des Gesetzgebers in § 1565, II BGB nicht auf die Äußerung der Zustimmung als eine Kundgebung an andere ankommt. Nicht die Aussage über die Zustimmung wie bei der Willenserklärung ist das Entscheidende, sondern die geäußerte Zustimmungsgesinnung. Eine Rechtshandlung ist erforderlich, um die in § 1565, II vorgesehenen Rechtsfolgen herbeizuführen.

a)

Die Rechtshandlung der Zustimmung setzt sich zusammen aus einem inneren Vorgang und einem entsprechenden äußeren. Bei aller Zusammengehörigkeit der beiden Teile kann nicht geleugnet werden, daß innerer und äußerer Vorgang trennbar sind. Diese Auffassung führt durchaus nicht notwendig zur direkten oder analogen Anwendung der Rechtsgeschäftsgrundsätze oder zu einer rein subjektiven Auslegung der Äußerung. Opderbecks Bedenken[61]) kann nicht gefolgt werden, vielmehr dürfte seine Systematik abzulehnen sein.

b) 1.

Daß rein innere Tatsachen, die sich in keiner Weise geäußert haben, rechtlich bedeutsam sein können, kann nicht bestritten werden[62]). Wenn jemand eine derelinquierte Sache in Besitz nimmt, die er für eine verlorene hält, ist er zunächst lediglich Verwahrungsbesitzer. Faßt er sodann den Entschluß, die Sache als Eigenbesitzer zu behalten, so erwirbt er erst damit Eigentum, ohne daß irgendeine Kundgebung an andere erforderlich wäre[63]).

2.

Aber der innere Entschluß allein genügt andererseits nicht, soweit es sich um einen Vorgang emotionaler Natur handelt[64]). Guter Glaube, Kenntnis eines Mangels u. dergl. brauchen zu ihrer Rechtswirksamkeit nicht geäußert zu werden; denn sie haben nur cognitiven Charakter, sie drängen nicht zum Handeln. Anders die Willensvorgänge! Sie werden erst dadurch rechtserheblich, daß sie sich in ihrer tatsächlichen Verwirklichung — durch Äußerung — bewähren.

3.

Auch für die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht und entsprechend im Gebiet des § 823 BGB taucht die Frage auf, ob sie sich der Außenwelt mitgeteilt haben muß oder nicht, um die Strafbarkeit der betreffenden Handlung auszuschließen.

---

[61]) Opderbeck, Teil I, § 4, S. 34 ff.

[62]) Siehe die mit Beispielen gestützte Darlegung bei Manigk, We u. Wg, S. 435 f.

[63]) Wolff in Jher. Jahrb. 44 S. 195 Anm. 137.

[64]) Manigk, We u. Wg, S. 435 f.

Die BGB-Kommentare bieten allerdings zur Lösung dieses Problems wenig. Sie begnügen sich mit der Feststellung, daß die Einwilligung entweder durch Rechtsgeschäft oder durch Rechtshandlung erfolgen könne [65]). Sie sind sich darüber einig, daß im Einzelfalle stillschweigende Einwilligung die ausdrückliche entbehrlich machen könne, daß mutmaßliche Einwilligung genügen könne [66]). Auch von Eventualzustimmung ist die Rede, die möglicherweise unterstellt werden dürfe [67]).

Die Strafrechtslehrer haben sich mit der Einwilligung des Verletzten viel eingehender beschäftigt und ihr Theorienstreit ist höchst aufschlußreich auch für die Parallelfragen in vorliegender Abhandlung.

Die Vertreter der Rechtsgeschäftstheorie müssen eine Willenserklärung verlangen. Richtiger Ansicht nach ist die Einwilligung des Verletzten aber Rechtshandlung, und es kommt für ihre Wirksamkeit im Grunde nur die Tatsache innerer Einwilligung in Betracht. Entsprechend dem Gegensatz von Rechtsgeschäfts- und Rechtshandlungstheorie stehen sich die Willenserklärungs- [68]) und die Willensrichtungstheorie [69]) gegenüber. Die Willensrichtung des Rechtssubjekts ist bedeutsam.

Bis hierher kann der Theorie bedenkenlos gefolgt werden; sie lehrt aber weiter: Da Rechts- und Beweisfrage nicht vermengt werden dürften, wäre gar keine Perfektion der Einwilligung erforderlich [70]). Dies ist ein theoretischer Fehler, der allerdings praktisch keine Rolle spielt. Irgendein Indiz für die Einwilligung muß vorhanden sein, da diese sonst nicht als vorliegend angenommen werden kann. Zwar herrscht im Strafrecht der Grundsatz: „In dubio pro reo", aber auch Zweifel über die Einwilligung können nur bestehen, wenn ein Anzeichen dafür vorhanden ist. Denn im allgemeinen liegt die Einwilligung der Rechtsgutsträger zu Verletzungen nicht vor. Eine Perfektion durch Einwilligungsindiz muß ebenso verlangt werden wie bei der Zustimmung i. S. von § 1565 Abs. II BGB.

---

[65]) Planck, § 823, B II 3c; Staudinger, § 823, II b 5, S. 1781/1782.

[66]) Planck, § 823, B II 3c; Enneccerus, § 228, II 3c, Anm. 32; Seuff. Arch. 62, 450/451; RG 68, 433.

[67]) RG 68, 434.

[68]) Keßler § 2 S. 26; § 7 S. 99/100; unklar Honig; er verlangt eine Einwilligungserklärung (S. 139), betont aber andererseits, es sei gleichgültig, von welcher Art die Äußerung der Willensrichtung sei (S. 139/140), und ist der Ansicht, die juristische Natur der Einwilligung könne nicht in eindeutiger Weise festgestellt werden. Henke S. 236.

[69]) Mezger § 28, I S. 209; Binding § 148, 4, S. 715, Anm. 22; Holer S. 72, Mezger in Ger.S. 89, S. 278.

[70]) Mezger § 28, I S. 210, ders. in Ger. S. 89, S. 278. A. M. Gerland, S. 491, Anm. 4.

Diese Forderung darf nicht so verstanden werden, als müßte die innere Zustimmung, auf die es hier ankommt, die hier ergründet werden soll und muß, erst durch die Äußerung vollendet (perfiziert) werden. Diese ist mit dem inneren Vorgang ohne Äußerung vollendet, aber § 1565, II BGB verlangt mehr. Er verlangt eine rechtlich erhebliche innere Zustimmung, und dazu ist eine Perfektion durch Äußerung notwendig.

Der innere Gesinnungsvorgang der Zustimmung drängt als emotionaler Akt wie der der Verzeihung von selbst zu einem äußeren Verhalten. Dieses bildet für die richterliche Würdigung den Ausgangspunkt, von dem auf den inneren Gesinnungsvorgang rückgeschlossen werden kann. Daß man rein menschlich auch ohne irgendeine Äußerung die Zustimmung zu einer Eheverfehlung oder deren Verzeihung mutmaßen kann, ist richtig; aber man kann auf derartige Vermutungen keine Rechtsprechung gründen. Damit sie rechtlich berücksichtigt werden kann, muß verlangt werden, daß die Verzeihung bezw. Zustimmung sich der Außenwelt irgendwie mitteilt, da sie andernfalls wohl psychologisch, nicht aber rechtlich vorhanden ist. Erst die Perfektion macht sie rechtlich bedeutsam [71]).

Widersteht der betreffende Ehegatte dem Äußerungsdrang aus irgendeinem Grunde, z. B. Scham, so hat er wohl zugestimmt, aber innerlich, noch nicht rechtlich erheblich mit der Wirkung des § 1565, II BGB. Die Rechtshandlung, auf die es dort ankommt, harrt noch ihrer Vollendung. Wenn im Ehescheidungsprozeß ein Ehegatte glaubhaft eingesteht, einer gegnerischen Eheverfehlung innerlich zugestimmt zu haben, so kann darin die Vollendung der innerlichen Zustimmung liegen.

Das erforderliche äußere Verhalten bedarf, da es nicht die Natur einer Erklärung hat, keineswegs einer Mitteilung an den anderen Ehegatten, noch an sonst irgendeine Person. Gibt ein Ehegatte im Einzelfalle eine zustimmende Erklärung ab, so wird man diese als starkes Indiz für seine Zustimmung bewerten dürfen. Die Erklärung genügt selbstverständlich als Perfektionshandlung; aber sie darf auch nur als Indiz angesehen werden, rechtsgeschäftliche Analogien wären fehl am Platze [72]). Wäre die Zustimmung eine Willenserklärung, dann müßte sie erklärt werden, und zwar dem anderen Ehegatten gegenüber, auf den allein sich ihre Wirkung bezieht [73]).

Nach der Rechtshandlungstheorie wäre es nicht zu begründen, wollte man von der Handlung mehr verlangen, vielleicht ein Zugehen an den anderen Ehegatten, irgendwelche Form- oder auch nur mindere Erfordernisse [74]). Die Zustimmung kann in Handlungen ihren

---

[71]) h. M. so Manigk, We u. Wg § 151, S. 632/33; Opderbeck, Teil I, § 4, S. 46.

[72]) Opderbeck, Teil II, § 9, S. 75.

[73]) Manigk, We u. Wg § 171 S. 700.

[74]) wie Opderbeck, Teil I, § 4, S. 39—44, sie ausdrücklich erörtert.

Ausdruck finden, die der Kenntnis überhaupt keiner anderen Person zugänglich sind[75]). Da die Zustimmung Rechtshandlung ist, genügt jedes aktive oder passive Verhalten des gekränkten Ehegatten, jede Betätigung seiner nicht ablehnenden Gesinnung[76]).

Diese kann in einem Benehmen bestehen, von dem der zweite Ehegatte gar keine Kenntnis hatte oder haben konnte, das ihm vielleicht gerade verheimlicht worden ist[77]). Darin zeigt sich die wesentliche Abweichung vom Tatbestand einer Willenserklärung, die nur dann und dadurch wirkt, daß sie dem Beteiligten durch den Erklärenden zugänglich gemacht wird.

Die Vollziehung bezw. Duldung des ehelichen Beischlafs kann die Zustimmung des Ehegatten zu in der Vergangenheit liegenden oder zu geplanten Eheverletzungen enthalten. Die Frage aber, ob dieser intimste Verkehr zwingendes Indiz sei, ist ebenso zu entscheiden wie für das Gebiet der Verzeihung. Der stattgefundene Beischlaf kann zwar als starker Anhaltspunkt dafür gelten, daß bei dem betreffenden Gatten eine verzeihende bzw. zustimmende Gesinnung vorhanden war. Doch kann der Ansicht nicht beigetreten werden, die meint, daß der Geschlechtsverkehr immer ein sicheres Zeichen für die innere Übereinstimmung der Gatten wäre[78]).

Das preußische ALR gab in II, 1 § 719 diesem Gedanken positiven Ausdruck, stand freilich damit im Gegensatz zum sächsischen BG, das laut § 1720 den freiwillig ausgeübten Beischlaf einer Verzeihung gleichstellte. Das Reichsgericht hatte sich bis vor wenigen Jahren auf den gleichen Standpunkt gestellt und ihm in zahlreichen Entscheidungen sowohl bezüglich der Verzeihung wie auch der Zustimmung Ausdruck gegeben. Der Geschlechtsverkehr zeige unter Ehegatten, wenn nicht unbedingt, so doch regelmäßig ihre innere Übereinstimmung an. Als Ausnahmen wurden aber immer schon Fälle angesehen, in denen der Beischlaf aus Furcht, unter Zwang, oder in willenlosem Zustand des betreffenden Ehegatten zustandegekommen war[79]). Neuerdings hat sich wie in der Literatur so auch in der Reichsgerichtspraxis eine modernere Auffassung Bahn gebrochen[80]). Ein Ehegatte kann dem rein sinnlichen Reiz, den der andere auf ihn ausübt, unterliegen. Bei Ehefrauen besonders wird es häufig vorkommen, daß sie aus anderen Motiven als aus verzeihender oder zustimmender Gesinnung heraus die Ausübung des Beischlafs durch den Ehegatten weiter dulden, sei

---

[75]) „Einsame Handlungen", Opderbeck, Teil II, § 6, S. 64.

[76]) Manigk, We u. Wg § 171 S. 700; Staudinger § 1565 6a; Planck § 1565, 16; Berger S 25; Klein S. 105/106; Mot. § 1441, 7 S. 587; RG 96, 269; 105, 107; JW 1910, 476; Recht 1914 Nr. 2473.

[77]) Manigk, We u. Wg § 151 S. 633; RGRK § 1565, 4; Staudinger § 1565, 6a; Planck § 1565, 16; Mitteis V S. 203; RG 85, 204 bis 205; Recht 1914, 2475; LZ 1915, 1587.

[78]) z. B. DJZ 1919, S. 939; RG 1921, 922; LZ 1923, 60; Warn. 1926, Nr. 160; Jur. Rdsch. 1926, Nr. 2387; Recht 1928, Nr. 295.

[79]) LZ 1919, 872; RG 96, 268 ff.; Recht 1919 Nr. 2134; LZ 1923, 60; Jur. Rdsch. 1926 Nr. 2387; DJZ 1919, 939; Recht 1908 Nr. 771.

[80]) Recht 1928 Nr. 295; Warn. 1930 Nr. 170; LZ 1928, 1252.

es aus Furcht vor Roheiten, vor dem Los der geschiedenen Frau, mit Rücksicht auf die Kinder, auf religiöse Vorschriften [81]). Durch Darlegung solcher Gründe muß das Indiz, das der stattgefundene eheliche Geschlechtsverkehr zweifellos zunächst darstellt, entkräftet werden können. Nicht die Beischlafshandlung kann maßgebend sein, sondern es wird auf die sie veranlassende Gesinnung ankommen [82]). Der entscheidende Richter darf dies nie außeracht lassen. Auch nicht das Motiv, nach Möglichkeit bestehende Ehen als staatserhaltende Grundlage der Gesittung und Bildung [83]) zu erhalten, darf ihn dazu verführen, hoffnungslos zerrüttete Ehen durch konstruierte Zustimmungen zu verlängern [84]).

Theorie und Praxis stehen hier vor einer neuen grundsätzlichen Fragestellung, die die rechtliche Erheblichkeit der wirklichen psychischen Werte anstelle des äußeren Scheines betonen und damit die Erheblichkeit eines von der Theorie nicht zutreffend beurteilten Rechtselementes durchführen will.

Die erzwungene Duldung des Beischlafs kann keine Zustimmung ausdrücken; die Tatsache, daß Zwang erforderlich war, spricht vielmehr gerade dagegen [85]). Schon hier zeigt sich, daß von der Anwendung des § 123 BGB nicht die Rede sein darf.

Unter besonderen Umständen kann auch reine Untätigkeit eines Gatten eine Zustimmung enthalten, dann nämlich, wenn sie eine Unterlassung darstellt in Fällen, wo ein Handeln erwartet werden durfte. Es ist nicht einzusehen, warum für die Zustimmung Unterlassungen, die sonst den Handlungen stets an die Seite gestellt werden, nicht genügen sollten. Sieht ein Ehegatte den Verfehlungen des anderen zu, ohne sich im geringsten verletzt zu zeigen, so ist dieses passive Verhalten kein Nichts, sondern es läßt auf einen zustimmenden Gesinnungsvorgang als seine Ursache schließen. Qui tacet, consentire videtur. Bei Anwendung dieses Satzes ist jedoch hier wie bei Willenserklärungen größte Vorsicht am Platze. Außerdem darf das Stillschweigen nur als Zustimmung gedeutet werden, wenn nicht Umstände vorhanden sind, die auf Verzeihung schließen lassen; denn auch diese wird sich oft schweigend ausdrücken, und in den Fällen darf von dem betreffenden Gatten nicht behauptet werden, er hätte dem unsittlichen Treiben des anderen zugestimmt, da dies einen Vorwurf enthielte [86]).

---

[81]) Süsser in JW 1928, 3029.
[82]) Mugdan S. 301/302.
[83]) Berger S. 31/32, 36; Neumann S. 37, 40, 50; Kuntze in Gruch. 58 S. 805. a. M. Hubrich S. 123; RG 96, 270.
[84]) Berger S. 37; Neumann S. 42; Süßer in JW 1928, 3029; a. M. Hubrich S. 124.
[85]) RGRK § 1565, 4; Planck § 1565, 16; Berger S. 33.
[86]) Klein S. 111/112.

B. Die materiellrechtliche Behandlung der Zustimmung i. S. von § 1565, II BGB.

Aus der bisherigen Darstellung geht hervor, daß die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des BGB auf die Zustimmung auch nicht analog angewandt werden dürfen. In welchem Sinne die einzelnen somit offenbleibenden Fragen, die der Allgemeine Teil nur für Rechtsgeschäfte löst, zu entscheiden sind, muß daher einer sorgfältigen Prüfung unterzogen werden, die der Gesetzgeber, da er allgemeine Rechtssätze über Rechtshandlungen nicht aufstellte, der Rechtswissenschaft überließ.

§ 7. Die zwingende Wirkung der Vorschrift des § 1565, II BGB.

Hat ein Ehegatte dem Ehebruch oder der nach §§ 171 oder 175 StGB strafbaren Handlung rechtswirksam zugestimmt, so kann er lt. positiver Vorschrift des § 1565, II BGB aus dieser betreffenden Eheverfehlung keinen Ehescheidungsgrund herleiten. § 1565, II BGB enthält zwingendes Recht. Aus dem Rechtshandlungscharakter der Zustimmung ergibt sich, daß es gleichgültig ist, ob der betreffende Ehegatte die Rechtsfolge gekannt hat oder nicht; eine Anfechtung wegen Irrtums über die Rechtsfolge kommt nicht in Frage.

Die herrschende Meinung geht soweit, Zustimmung für gegeben zu erachten, wenn ein Ehegatte die Verfehlung des anderen begünstigt, provoziert hat, um einen Ehescheidungsgrund zu erhalten. Wer auf diese Art einen Ehebruch herbeiführe, vielleicht einen Dritten sogar dazu anstifte, wünsche den Ehebruch und stimme ihm zu[87]). Daß er in Rechtsunkenntnis gehandelt habe, könne ihm nichts nützen, da die Wirkungen des § 1565, II BGB zwingend eintreten.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Der Beweggrund des zustimmenden Ehegatten muß beachtet werden. Er wünscht gar nicht den Ehebruch, er wünscht lediglich, den Scheidungsgrund zu erwerben. Aus dem Indiz muß in jedem Falle auf den Gesinnungsvorgang rückgeschlossen werden. Wer einen Ehebruch des andern Gatten herbeiführt, um sich einen Scheidungsgrund zu verschaffen, zeigt damit nicht, daß er sich die Handlungsweise des zweiten Gatten zu eigen gemacht hätte, daß seine eheliche Gesinnung durch die Verfehlung nicht berührt worden wäre, daß man ihm also die Fortsetzung der Ehe sehr wohl zumuten könne. Er stimmt nicht zu in dem Sinne, daß er „auf den Scheidungsgrund verzichtet", daß er einverstanden ist, trotz der Verfehlung die Ehe fortzusetzen. Er mißbilligt sie vielmehr, seine ehelichen Gefühle sind nicht erhalten, sondern waren schon vorher so zerstört, daß er die Scheidung begehrte[88]).

---

[87]) Staudinger § 1565, 6a; § 1568, 8b; Enneccerus § 34, I; Planck § 1565 Nr. 16; Opet § 1565, 9a; RGRK § 1565, 4; RG 85, 204/205; JW 1914, 982. Recht 1914, 2473; 2475; 1915, 1814; Warn. 1914 Nr. 218; 1915 S. 143; 1917 Nr. 143; einschränkend Rosenberg, Ehescheidung S. 20.

[88]) Klein S. 110.

Das Reichsgericht führt in zahlreichen Entscheidungen aus, der Ehebruch sei eine so grobe Verletzung der ehelichen Pflichten, daß es einem Ehegatten in keinem Falle zugemutet werden könne, die Ehe mit dem Ehebrecher fortzusetzen, dann sogar nicht, wenn er selbst sich in gleicher Weise vergangen habe. Dieser durchaus richtige Grundsatz [89]) muß auch angewandt werden, wenn ein Ehegatte den Ehebruch des anderen provoziert hat. Die zwingende Natur des § 1565, II BGB wird dadurch nicht berührt.

Der Gegenansicht wäre beizupflichten, wollte man annehmen, daß § 1565, II BGB eine gesetzliche Rechtfertigung von Eheverfehlungen bei Zustimmung sein sollte, sodaß die Rechtfertigung umso eher gegeben sein müßte, wenn der Ehegatte bei der Zustimmung von hinterhältigen Gedanken geleitet worden wäre. Das ist aber nicht der Fall. Auch nachdem der eine Ehegatte Zustimmung erteilt hat, bleibt die Eheverfehlung des anderen sittlich und rechtlich höchst zu mißbilligen. Das Gesetz entzieht lediglich aus Zumutbarkeitserwägungen dem zustimmenden Gatten das Recht, die Ehescheidung zu verlangen [90]). Anders liegen nur die Fälle, die echte Zustimmung enthalten, in denen ein Ehegatte die Eheverfehlung des andern provoziert oder einen Dritten dazu anstiftet, weil er materiellen Gewinn davon erwartet, oder weil es seiner perversen Neigung entspricht [91]).

§ 8. Analoge Anwendung des § 1565, II BGB auf § 1568 BGB.

Die Vorschrift des § 1565, II BGB paßt nur auf die absoluten Ehescheidungsgründe des § 1565, I BGB, wie aus dem Wortlaut und aus der Stellung im Gesetz hervorgeht.

Mit Sicherheit ist daraus zu schließen, daß eine Zustimmung zu einer Verfehlung, die gemäß § 1566 oder § 1567 BGB einen Scheidungsgrund gibt, keine rechtliche Wirkung analog § 1565, II haben kann.

Anders muß jedoch entschieden werden hinsichtlich der relativen Ehescheidungsgründe des § 1568. Zwar fehlt hier ein Absatz 2, der ebenso wie in § 1565 BGB das Erlöschen des Scheidungsgrundes durch Zustimmung bestimmte. Es wird aus diesem Grunde in der Literatur auch die Ansicht vertreten, daß für analoge Anwendung des § 1565, II hier kein Raum wäre [92]). Die herrschende Meinung vertritt dage-

---

[89]) Motive § 1441, 7 S. 587; Altenburgische Eheordnung § 199; Planck § 1565, 22/23; RGRK § 1565, 4 und 6; RG in JW 1928, 3039; 1929, 37; Warn. 1921 Nr. 127; a. M. Marie Munk in JW. 1929, 37; Levis in JW 1932, 1345; JW 1932, 1345; ähnlich auch Rosenberg, Ehescheidung S. 16/17.

[90]) Mugdan S. 314; Mot. § 1441, 7 S. 587; Eltzbacher S. 187/88; Manigk, We u. Wg § 171 S. 700; Klein S. 105. RG 137, 49; Warn. 1910 Nr. 283; 1915 S. 143.

[91]) Manigk, We u. Wg § 171 S. 700.

[92]) Planck § 1568, 14; Crome § 559, I, 2 b; Soergel § 1568, IV; Enneccerus § 34, IV, 3; RGRK § 1568, 4 u. 7; Motive § 1444 S. 596;

gen richtig den Standpunkt, daß es eines Absatzes 2 in § 1568 BGB nicht bedurfte, da der den Scheidungsgründen des § 1568 BGB innewohnende Charakter der Relativität ihn ersetzt. Jeder einzelne Fall muß auf die Frage der Zumutbarkeit einer Ehefortsetzung hin untersucht werden, und die Ehefortsetzung ist bei vorliegender Zustimmung stets zuzumuten, sogar dann, wenn festgestellt werden könnte, daß das verletzende Verhalten trotz der Zustimmung ehezerrüttend gewirkt hat. Überdies ergibt sich — argumentum a maiori ad minus — daraus, daß man bei Verfehlungen wie Ehebruch oder gemäß §§ 171 oder 175 StGB strafbare Handlungen dem verletzten Ehegatten die Ehefortsetzung zumutet, wenn er zugestimmt hat, daß man dies bei geringeren Verfehlungen umso eher tun muß. § 1565, II ist daher auf § 1568 BGB analog anzuwenden [93]).

§ 9. Rechtshandlungsfähigkeit und Stellvertretung.

Welcher Ehegatte kann rechtswirksam zustimmen?

Es ist keine Frage, daß der voll Geschäftsfähige es tun kann. Wer voll geschäftsfähig ist, ist auch voll rechtshandlungsfähig [94]). Daß der geschäftsunfähige Ehegatte nicht rechtswirksam zustimmen kann, sollte ebenfalls zweifellos sein. Doch ist es nicht unbestritten geblieben.

Opet-Blume [95]) wollen genügen lassen, daß der Geschäftsunfähige überhaupt imstande ist, einen zustimmenden Willen zu äußern. Diese Ansicht ist unhaltbar, wenn man bedenkt, daß Geisteskranke sehr wohl imstande sein können, einen Willen zu haben und ihn auch zu äußern. Planck [96]) verlangt vom geschäftsunfähigen Ehegatten wenigstens, daß er die Bedeutung der Eheverfehlung und der Zustimmung kenne, bringt damit aber ohne Grund strafrechtliche Voraussetzungen der Deliktsfähigkeit zur Geltung.

Dem Geschäftsunfähigen ist die Geschäftsfähigkeit grundsätzlich zu seinem eigenen Schutze gesetzlich entzogen. Wenn auch die Erörterung über die Zustimmung kein vermögensrechtliches Problem betrifft, so ist derjenige, der seine eigenen Angelegenheiten nicht selbst besorgen kann, hier ebenso schutzbedürftig, wo er der Gefahr ausgesetzt ist, zur Schädigung seines guten Namens, des Ansehens seiner Familie, auf das ärgste mißbraucht zu werden. Ein Geschäftsunfähiger besitzt nicht den Grad von Einsicht und Lebenskenntnis, der von jemand erfordert werden muß, der in so wichtigen Angelegenheiten, wie es Eheverfehlungen sind, seine Zustimmung erteilen will [97]).

Mugdan S. 319; RG 85, 204/05; JW 1914, 982; Recht 1914, 2479; Gruch. 62, 385; Warn. 1917 Nr. 143; OLG Naumburg 26, 231.

[93]) Scheinbar Scherer § 1568, S. 247 ff. Einschränkend: Crome § 559, 2 b, S. 266; DJZ 1919, 1022.

[94]) Klein S. 23.

[95]) Opet § 1565, 9a.

[96]) Planck, § 1565, 15.

[97]) Staudinger § 1565, 6 a; Planck § 1565, 15; Klein S. 114; Berger S. 42/43.

Hat ein Ehegatte seine Zustimmung zu einer Eheverfehlung erteilt, so erlischt sie bei seiner eintretenden Geschäftsunfähigkeit. Ihm entsteht nun ein Scheidungsgrund, setzt der andere Gatte ihm früher gestattet gewesene Eheverfehlungen fort[98]). Dies folgt daraus, daß ein Geschäftsunfähiger keine, auch nicht eine ihm früher möglich gewesene Zustimmung erteilen kann. Dieser Schutz muß für den Geschäftsunfähigen auch deswegen einsetzen, weil er nicht mehr in der Lage ist, sich selbst durch Widerruf seiner Genehmigung zu schützen. Der Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit wirkt wie ein Widerruf[99]). Deswegen muß auch der eheverletzende Gatte vom Eintritt der Geschäftsunfähigkeit Kenntnis erlangt haben, ehe ihm der Schutz des § 1565, II BGB entzogen wird[100]).

Für die Frage, ob der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte selbständig mit Rechtswirksamkeit zustimmen kann, entscheiden ebenfalls keine vermögensrechtlichen Rücksichten. Bei ihnen liegen die Dinge aber ganz anders als bei geschäftsunfähigen Ehegatten, man kann ihnen nicht von vornherein die sittliche Reife und sonstige für die Zustimmung erforderliche Eigenschaften absprechen[101]). Die Bestimmungen der §§ 1336, I; 1337, III; 1358, III BGB; 612 ZPO zeigen, daß der Gesetzgeber geschäftsbeschränkten Ehegatten die Alleinentscheidung in derartigen höchstpersönlichen Angelegenheiten lassen wollte. § 612 ZPO stellt es in das Belieben des beschränkt Geschäftsfähigen, die Ehescheidungsklage selbständig zu erheben und auch zurückzunehmen. Es ist nur folgerichtig, ihm zu gestatten, sich seines Rechts auch auf dem Wege der Zustimmung zu begeben[102]). Wollte man sich auf den anderen Standpunkt stellen, so müßte man die Entscheidung einem Vertreter überlassen. Dies ist aber nicht angängig, weil es begrifflich unmöglich ist, sich bei dem psychischen Vorgang, der das Kernstück der Zustimmungsrechtshandlung bildet, vertreten zu lassen. Das ist herrschende Lehre geworden[103]).

Die von Manigk geäußerten Bedenken[104]), Ehegatten, die aus anderen Gründen als Minderjährigkeit in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, die Möglichkeit rechtswirksamer Verzeihung oder Zustimmung zu geben, was wegen der Natur dieser Gründe nicht tunlich erscheine, sind m. E. nicht schwerwiegend genug, macht doch auch § 612 ZPO keine Unterschiede für aus verschiedenen Gründen in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatten[105]).

---

[98]) Klein S. 114/115.

[99]) Klein S. 115.

[100]) Vgl. S. 36 f. dieser Abhandlung.

[101]) so auch Manigk, We und Wg, § 170, S. 698/699.

[102]) so Staudinger, § 1565, 6 a; v. Tuhr, § 59, X, 4 S. 363; Klein S. 114; Berger S. 44.

[103]) Manigk in DJZ 02 S. 281/82; Manigk, We u. Wg § 170 S. 698; Manigk, Irrtum S. 355/56; Planck § 1565, 15 S. 632; Klein S. 82; Staudinger § 1565, 6 a; Berger S. 44; Neumann S. 30; Opderbeck II. Teil, § 8, S. 72, 73, II. Teil, § 9, S. 89.

[104]) Manigk, We u. Wg § 170 S. 698/99.

[105]) Opderbeck II. Teil, § 7, S. 71 meint, eine generell bestimmte

§ 10. Die Willensmängel.

Wie die einzelnen Willensmängel, die bei Entstehung der zustimmenden Gesinnung eine Rolle gespielt haben und den betreffenden Ehegatten veranlaßt haben können, diese Gesinnung nach außen kundzutun, behandelt werden müssen, ergibt sich ebenso wie für das Gebiet der Willensgeschäfte und für die Verzeihung aus dem Grundsatze, daß der äußere Vorgang nicht einen selbständigen Erklärungswert besitzt, sondern nur als Indiz für den entscheidenden inneren Vorgang zu berücksichtigen ist, wobei es gleichgültig ist, wie der andere dies aufgefaßt hat oder auffassen mußte[106]).

a)

Die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB über Mentalreservation, § 116, können auf die Zustimmung nicht einmal entsprechend angewandt werden, weil der Ehegatte, der sich insgeheim — d. h. in Wahrheit — darüber klar ist, nicht zuzustimmen, trotz widersprechender Indizien oder gar ausdrücklichster Versicherung innerlich nicht zustimmt[107]). Die Rechtsfolge des § 1565, II BGB kann daher nicht eintreten. Auch die Anwendung des § 116, Satz 2 BGB, die auf der Erheblichkeit der vom Willen abweichenden Erklärung beruht, ist ausgeschlossen.

Das Reichsgericht vertrat in ständiger Rechtsprechung die Gegenmeinung[107a]). Der geheime Vorbehalt eines Gatten, trotz eines Zustimmung vortäuschenden Verhaltens tatsächlich nicht zustimmen zu wollen, sei mit den sittlichen Grundlagen der Ehe nicht vereinbar und deswegen unbeachtlich. Diese Art der Täuschung des anderen Gatten rechtfertige die Ausnahme von der Regel, daß Zustimmung nur als vorliegend erachtet werden dürfe, wenn der wirkliche Wille des verletzten Gatten dem entspreche. Oft scheint es bei dieser Stellungnahme des Reichsgerichts, als solle gar nicht § 116 BGB angewandt werden, sondern als wolle man dem beklagten Ehegatten eine exceptio doli geben[108]). Die Urteile lassen bei Divergenz von äußerem und innerem Tatbestand für die Rechtswirkung der Verzeihung resp. Zustimmung den inneren allein entscheidend sein. Wenn sie dann gleichzeitig von analoger Anwendbarkeit der §§ 116 ff. BGB sprechen, so kann das nur dahin verstanden werden, daß sie in solchen Fällen eine exceptio doli als gegeben ansehen. Dieser Zusammenhang gewinnt an Wahrscheinlichkeit, wenn man berücksichtigt, daß nach der Willenstheorie des 19. Jahrhunderts die Unbeachtlichkeit der Mentalreservation schlechthin ein Anwendungsfall der exceptio doli war. Die Reichsgerichtsentscheidung JW 19, 820 spricht ausdrücklich im

---

Altersklasse sei erforderlich, und schlägt entsprechend § 1303 BGB die von 16 Jahren vor.

[106]) a. M. Klein S. 116; Staudinger § 1565, 6a; Berger S. 47/48.

[107]) a. M. Klein S. 116; RG in JW 1932, 1347.

[107a]) so RG 37, 348; JW 1901, 386; 1905, 371; 1932, 1347; 1927 Nr. 162; Klein S. 116.

[108]) Opderbeck III. Teil, § 11, S. 113.

Zusammenhang von § 116 BGB und exceptio doli. Andere Reichsgerichtsurteile [109]) nennen die Unsittlichkeit nur vorgetäuschter Verzeihung als Grund für die Anwendung des § 116 BGB. Erfreulicherweise rückt die Entscheidung LZ 23, 60 von diesen Argumentationen ab. Sie verdienen keinen Beifall, sie beruhen auf dem stets zutage tretenden Bestreben des Reichsgerichts, nach Möglichkeit Ehen zu erhalten. Die lex lata muß indessen angewandt werden. In Fällen, wo Ehegatten sich bereits so häßlicher Mittel bedient haben, muß jenes Bestreben zurückgestellt werden; man wird so kranke Ehen durch Abweisung der Scheidungsklage nicht mehr heilen können. Nach der deutlich bemerkbaren heutigen Auffassung vom Wesen der Ehe muß als der oberste Grundsatz gelten: Eine wirklich brüchige Ehe soll nicht durch Gesetzeszwang erhalten werden. Die wahre Gesinnung des verletzten Ehegatten muß entsprechend auch für die Frage der Zustimmung maßgebend sein.

Mentalreservation wäre es auch, wenn ein Ehegatte den Partner auf die Probe stellte, indem er sich den Anschein gäbe, zustimmender Gesinnung zu sein. Er stimmt innerlich nicht zu, obwohl er scheinbar einen Ehebruch selbst anstiftet.

Die aus seinem Verhalten möglichen Rückschlüsse anderer können für die Anwendung des § 1565, II BGB nicht bindend sein. Einzustehen hat der Handelnde für die durch sein Verhalten bei dem anderen erweckten Vorstellungen nur, wenn er eine Willenserklärung abgibt. Bei Rechtshandlungen ist dies nicht der Fall [110]). Es hilft dem treulosen Ehegatten nicht, wenn er eine Erklärung des anderen fälschlich als Zustimmung aufgefaßt hat, auch wenn er sie ohne Fahrlässigkeit so auffassen mußte. Die Grundsätze der §§ 133 und 157 BGB von Treu und Glauben können stets nur zur Anwendung kommen bei Erklärungen, die der Auslegung mit Rücksicht auf die Verständnismöglichkeit beim Gegner unterworfen sind. Die Zustimmungsäußerung, die nicht Erklärung, sondern Indiz der Gesinnung ist, ist jedoch der Auslegung in solchem Sinne nicht zugänglich [111]). Der andere Ehegatte darf sich nicht auf das zustimmend bezw. versöhnlich gesinnt erscheinende Benehmen des Gegners verlassen, ja nicht einmal auf dessen ausdrückliche Erklärung [112]). Im Grunde kommt es nur darauf an, ob das innere Zustimmen den Indizien wirklich zu Grunde

---

[109]) JW 01, 386; RG 15, 401; 25, 418; Warn. 18, Nr. 121. S. die eingehende Besprechung der ganzen Frage bei Opderbeck, Teil I, § 11, S. 112 ff.

[110]) Manigk, We u. Wg § 151 S. 632/33; Planck § 1565, 16 u. 19; RGRK § 1565, 4; Soergel § 1565, 2; Neumann S. 32; Mitteis V S. 203; JW 1924, 293; RG 105, 107; OLG Dresden 24, 15; LZ 1923, 229 u. 318; Seuff. Arch. 78, 150; Warn. 1910 Nr. 283; 1917 Nr. 174; 1927 Nr. 33.

[111]) Manigk, Revisibilität S. 167; Rosenberg, Ehescheidung S. 20; Opderbeck, Teil II, § 8, S. 56, 57, 58, 76.

[112]) Deren objektiver Inhalt ist aber als Beweismittel heranzuziehen. Manigk, We u. Wg § 171 S. 669; LZ 1923 S. 229/30; Seuff. Arch. 78, 150.

lag. Weist der Ehegatte nach, daß sein Verhalten mit seinem Inneren in Widerspruch gestanden, daß der äußere Eindruck getrogen hat, daß seine abgegebene Erklärung aus irgendeiner bestimmten Rücksicht seiner Gesinnung nicht entsprach, so kann § 1565, II BGB keine Anwendung finden. Die Erklärung der Zustimmung ist nie als Rechtsfolgewillenserklärung, sondern stets nur als Indiz für die Gesinnung zu werten[113]).

b)

Einer nicht ernsthaft gemeinten Zustimmungserklärung kann die Wirkung des § 1565, II BGB noch weniger zukommen. Äußerungen, die in der Erregung, im Streit der Eheleute getan werden, wird häufig die Ernstlichkeit abzusprechen sein[114]). Immer fehlt sie, wenn ein Ehegatte aus Taktgefühl Dritten gegenüber den Eindruck einer geordneten Ehe hervorruft, um ihnen nicht Einblick in die zerrütteten Verhältnisse zu gewähren[115]), dabei aber gegenüber dem anderen Gatten die nach § 118 BGB vorausgesetzte Erwartung hat. Nicht § 118 BGB ist indessen anzuwenden, was die Folge des § 122 BGB nach sich ziehen müßte; vielmehr liegt überhaupt keine Zustimmung, nicht nur eine nichtige, vor. Jede zustimmende Äußerung muß einer Prüfung auf ihre Ernstlichkeit unterliegen, bei der Charakter, Temperament, Moral, geistige Entwicklung und die Lebensgewohnheiten des Ehegatten individuell zu berücksichtigen sind[116]).

Ohne Zweifel ist die Zustimmung eines sinnlos Betrunkenen oder eines Bewußtlosen unwirksam[117]).

Ist eine Zustimmung ernsthaft erfolgt, jedoch von dem anderen Gatten nicht als ernsthaft aufgefaßt worden, so liegt gleichwohl gültige Zustimmung vor, auf die der treulose Gatte sich auch berufen könnte. Denn für die Gültigkeit und Wirkung der Rechtshandlung ist es völlig gleichgültig, welche Meinung er sich über sie gebildet hat. Es ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde man ihm die Wirkung des § 1565, II BGB entziehen könnte[118]).

c)

Hat ein Ehegatte sich bei Erwägung seiner Zustimmung über wesentliche Umstände geirrt oder ist er über sie getäuscht worden, so fehlt seiner zustimmenden Gesinnung die Grundlage. Er hat dem wirk-

---

[113]) Opderbeck, Teil II, § 8, S. 75.

[114]) Staudinger § 1565, 6a; RGRK § 1565, 4; Planck § 1565, 19; Opet § 1565, 9a; Rosenberg, Ehesch. S. 20; Klein S. 110, 116; Berger S. 46; JW 1932 1345 Warn. 1910 Nr. 283.

[115]) Berger S. 45; Neumann S. 46.

[116]) Manigk, We u. Wg, § 151, S. 633/34; Planck § 1565, 19; Berger S. 25/26. a. M. RG 134, 40.

[117]) Klein S. 115.

[118]) a. M. Planck § 1565, 19: Mitteis V S. 203; RGRK § 1565, 4; Klein S. 116; Recht 1908 Nr. 709; 1923 Nr. 355; Warn. 1910 Nr. 283; 1915 Nr. 174; 1927 Nr. 33.

lich vorliegenden Verhalten des anderen tatsächlich nicht zugestimmt, seine Zustimmungsäußerung ist bedeutungslos, eine Divergenz zwischen innerer Zustimmung und ihrer Äußerung ist nicht möglich. Es bedarf deswegen auch keiner Anfechtung etwa analog § 119 ff. BGB. Der Irrende braucht keine Erklärung abzugeben, die seinen Irrtum aufklärt, denn er hat nie zugestimmt [119]). Er ist für den Vorstellungseindruck, den sein äußeres Verhalten bei anderen gemacht hat, nicht wie für eine Erklärung verantwortlich. Würde der Nachweis geführt werden können, daß der betreffende Ehegatte zweifellos auch seine Zustimmung erklärt hätte, wenn er die wahren Umstände gekannt und seiner Überlegung zugrundegelegt hätte, so wäre er wirkungslos. Tatsächlich hat der zustimmende Gesinnungsvorgang bei dem betreffenden Ehegatten unter Berücksichtigung der wahren Umstände nie stattgefunden. Es könnte sich höchstens darum handeln, ob er etwa nachträglich jetzt noch zustimmt [120]).

Ein anderer Irrtum liegt zwar vor, wenn der Ehegatte die Legalwirkungen seiner Zustimmung nicht gekannt hat [121]). Daß aber auch dieser Irrtum unbeachtlich ist, geht aus der Rechtshandlungsnatur der Zustimmung hervor.

d)

Die durch Drohung erzwungene wie die durch Täuschung erschlichene Zustimmungserklärung ist aus denselben Gründen unwirksam [122]). Auch ein sonstiges Verhalten, das auf jenen Motiven beruht, ist bedeutungslos.

§ 11. Bedingung, Befristung, Auflage.

a)

Sehr umstritten ist die Frage, ob die Zustimmung Bedingungen verträgt.

Die Verzeihung verträgt jedenfalls keine. Das sächsische GB enthielt allerdings in § 1721 eine Bestimmung, daß die Verzeihung an Bedingungen geknüpft werden dürfe, bei deren Eintritt sie hinfällig würde. Hier scheint ein historischer Grund für die Auffassung der Verzeihung als Rechtsgeschäft und die Möglichkeit der bedingten Verzeihung gegeben zu sein. Dagegen wendet aber Opderbeck sehr richtig ein, daß es sich in dieser Bestimmung des sächsischen BG nicht um echte Bedingungswirkung gehandelt habe, sondern vielmehr um eine praesumptio iuris et de iure, um einen weiteren Tatbestand neben der Verzeihung. Dem geltenden Recht könne eine gleiche Regelung nicht entnommen werden, da es der auslegenden Rechtwissenschaft an der dazu erforderlichen gesetzgeberischen Macht fehle [123]).

---

[119]) a. M. Neumann S. 54; Planck § 1570, 6c; Klein S. 116; RG 123, 237/238.

[120]) Berger S. 27, 48/49; Opderbeck, Teil II, § 5, S. 51; § 8, S. 74.

[121]) Klein S. 22; Opderbeck, Teil I, § 3, S. 24.

[122]) Neumann S. 56; Klein S. 116.

[123]) Opderbeck, Teil II, § 9, S. 85.

Eine Verzeihung unter auflösender Bedingung ist deswegen nicht möglich, weil nach erfolgter Verzeihung deren Wirkungen nicht bei eintretender Bedingung rückwirkend unwirksam gemacht werden können. Wird eine Verzeihung erteilt, so treten die Legalfolgen ein. Das Setzen der „auflösenden Bedingung" hat keine andere Bedeutung als etwa die Drohung, daß dem eheverletzenden Gatten im Falle der Wiederholung nicht wieder Verzeihung erteilt werden würde. Der Ausschluß zukünftiger Verzeihung ist unmöglich, weil der Ehegatte sich hinsichtlich seiner zukünftigen Gesinnungsvorgänge unmöglich rechtlich binden kann. Dies ist auch der Grund, warum eine Verzeihung unter aufschiebender Bedingung ausgeschlossen ist. Ein Ehegatte kann sich nicht rechtswirksam auf künftige verzeihende Gesinnung bei Eintritt einer Bedingung verpflichten[124]).

Der tiefere Grund, der auch für die Zustimmung gilt, ist der, daß Rechtshandlungen überhaupt begrifflich nicht Bedingungen unterliegen können. Eine Bedingung kann nur jemand stellen, der seinen Rechtsfolgewillen in eine Erklärung kleidet; durch die Bedingung schränkt er seine Gebundenheit an das Erklärte ein. Bei der Zustimmung, der Verzeihung, bei jeder Rechtshandlung, erklärt der Handelnde aber gar nichts auf die Rechtsfolge Bezügliches. Einschränkungen durch Bedingungen verträgt nur ein Rechtsinstitut, das der privaten Regelung von Rechtsverhältnissen zu dienen bestimmt ist, nicht aber eine Rechtshandlung[125]). Bei dieser kommt es entscheidend auf die zugrundeliegende Gesinnung an. Einen Rechtsfolgewillen kann man unter Bedingungen stellen, nicht aber eine Gesinnung.

P. Klein[126]) vertritt dagegen die Ansicht, die zustimmende Gesinnung könne bedingt sein. Das ist abzulehnen. Entweder stimmt ein Ehegatte der Gesinnung nach zu oder nicht. Solange er schwankt, stimmt er nicht zu. Die Gesinnung im Augenblick seines Schlüssigwerdens ist keineswegs abhängig von einem ungewissen Ereignis, weiß doch der Zustimmende selbst noch nicht, wie er bei Eintritt des als möglich gedachten Ereignisses empfinden würde. Möglicherweise würde seine Gesinnung dann eine andere sein; doch ist sie nicht bereits im voraus eine bedingte. Die Erklärung eines Ehegatten, daß er unter einer bestimmten Bedingung zustimme, kann nur als Mutmaßung gewertet werden oder als Indiz für seine augenblickliche innere Einstellung.

---

[124]) Wie hier Manigk We und Wg, § 170, S. 698; Kuntze in Gruchot 48, 805; Neumann, S. 59; Opderbeck, Teil II, § 9; Teil III, § 11, S. 86, S. 120.

Anders dagegen Recht 1904, Nr. 1651; 1919, Nr. 266; 1922, Nr. 1569; 1923, Nr. 1353; RG 1921, 304; JW 1916, 46; 1931, 2252; Gruchot 48, 801; Warn. 1909, Nr. 28; 1913, Nr. 62.

[125]) So Manigk, Irrtum, S. 295; ders. in DJZ 02, 281; ders. eingehend in Jher. Jahrb. 83, 13 ff.; Opderbeck, Teil II, § 9, S. 82.

[126]) Klein, S. 116. Ebenso Manigk für die verz. Gesinnung: We u. Wg, § 170, S. 698.

Das Abhängigmachen von auflösenden Bedingungen kann allerdings Rechtsfolgen zeitigen, wenn sie die gegebene Erlaubnis einschränkt. Ein Ehegatte stimmt dem unzüchtigen Verhalten des anderen zu „unter der Bedingung", daß es nicht zum Ehebruch kommen wird; oder er stimmt dem Ehebruch zu „unter der Bedingung", daß Maßnahmen zur Empfängnisverhütung getroffen werden. Das sind jedoch nicht Bedingungen im Sinne von § 158 BGB [127]).

Eine Zustimmung unter echter auflösender Bedingung ist nicht denkbar. Eine etwa dahinlaufende Erklärung könnte sich nur als die Perfektionshandlung einer eingeschränkten Zustimmung darstellen. Man kann aus der „Bedingung" unter Umständen auch einen beschränkten Widerruf der Zustimmung herauslesen. Der Gatte erteilt seine Zustimmung zum Ehebruch mit gleichzeitigem Widerruf für einen besonderen Fall.

Die Erklärung der Zustimmung „unter auflösender Bedingung" kann also evtl. als beschränkte Zustimmung aufzufassen sein oder als Zustimmung mit gleichzeitigem beschränktem Widerruf [128]). Die Folge des § 1565, I BGB würde durch eine solche Zustimmung nicht beeinflußt werden.

b)

Befristungen und Auflagen verträgt die Zustimmung ihres Rechtshandlungscharakters wegen ebensowenig wie Bedingungen [129]).

§ 12. Spezielle und generelle Zustimmung.

Die Zustimmung kann für einen Einzelfall von Eheverfehlung erteilt werden, aber auch für eine bestimmte Gruppe von Fällen oder ganz allgemein für alle Fälle [130]).

Der zustimmende Ehegatte hat völlig freie Hand, seine Einwilligung auf jede mögliche Art von Eheverfehlungen auszudehnen oder zu beschränken, dies z. B. dahin, daß die ehewidrigen Handlungen nur mit einer bestimmten Person vorgenommen werden dürfen.

Wie weit die Zustimmung eines Gatten im Einzelfalle geht, muß aus der zu erforschenden zugrundeliegenden Gesinnung ersehen werden, für die die Perfektionshandlungen Anhaltspunkte bieten.

Krückmann [131]) ist der Ansicht, die Fragestellung dürfe nicht lauten: wie weit reicht die Zustimmung?, sondern: wie weit reicht die Unwürdigkeit des zustimmenden Gatten? Er übersieht, daß beide Fragen zusammenhängen. Die Unwürdigkeit des Gatten, auf die er an-

---

[127]) Manigk, Iher. Jahrb. 83, 13 ff. a. M. Planck § 1565, 18; Krückmann in JW 1928, 789. Scheinbar auch Warn. 1921, 127.

[128]) Planck § 1570, 14; Staudinger § 1570, 4 d; Manigk, We u. Wg § 170 S. 698; Klein S. 23.

[129]) Manigk in Jher. Jahrb. 83, 13 ff.

[130]) h. M. so z. B. Opet § 1565, 9 a; Planck § 1565, 17; Staudinger § 1565, 6 a; RGRK § 1565, 4; Neumann S. 27; Klein S. 107; Opderbeck, Teil II, § 5, S. 51, 54.

[131]) Krückmann in JW 1928 S. 789.

spielt, reicht immer so weit wie die erteilte Zustimmung. Krückmann will doch wohl selbst nicht behaupten, daß eine Zustimmung weiterreichend sei, wenn der sie erteilende Ehegatte aus irgendwelchen anderen Gründen als unwürdig anzusprechen ist. Er gibt außerdem selbst zu, daß man mit seiner Ansicht nicht weiterkommt, wenn die Zustimmung nicht unwürdigen Motiven, sondern beispielsweise der Gewissensnot eines impotenten Ehegatten entsprang, der mit ihr ein Opfer brachte.

Generelle Zustimmung im weitesten Sinne enthält z. B. die Einwilligung eines Ehemannes in die gewerbsmäßige Prostitution seiner Ehefrau. Er kann sich, nachdem er eine derartige Zustimmung erteilt hat, auf keine Eheverfehlung der Frau, die sie in Ausübung ihres Gewerbes begeht, als Scheidungsgrund mehr berufen. Im übrigen schließt generelle Zustimmung nicht generellen Verzicht auf die Rechte aus § 1353 BGB in sich, der mit dem Wesen der Ehe unvereinbar wäre[132]).

Da ein Ehegatte generell zu allen Eheverfehlungen des anderen zustimmen kann, braucht er sie gar nicht zu kennen[133]). Er kann auch Verfehlungen zustimmen, die nur in seiner Einbildung existieren oder die er nur vermutet. Möglich ist es, daß er einem Ehebruch des anderen Gatten zustimmt, während er andere als Verletzungen empfindet[134]). Durch Erteilung der Zustimmung drückt der Ehegatte aus, daß ihm an ehelicher Treue des Partners nichts oder so wenig gelegen ist, daß seine ehelichen Gefühle dadurch nicht in dem Maße verletzt werden, daß er Scheidung begehren müßte. Er zeigt, daß die Fortsetzung der Ehe ihm zugemutet werden kann.

Die Erwägung, daß eine generelle Zustimmung mit der Ehe nicht vereinbar sei[135]), ist schon deshalb nicht zutreffend, weil sie, wenn sie richtig wäre, mit der gleichen Begründung auch für die spezielle Zustimmung gelten müßte[136]). Da der Gesetzgeber die spezielle Zustimmung zumindest ausdrücklich geregelt hat, muß auch die generelle möglich sein, zumal da sie ja sonst auch durch eine Summe von Einzelzustimmungen ersetzt werden könnte[137]).

§ 13. Zeitpunkt der Zustimmung.

Gleichgültig ist, wann die Zustimmung erteilt wird, ob vor, während oder auch nach Begehung der Eheverfehlung. Nachträgliche Zustimmung ist nicht identisch mit Verzeihung, da bei dieser notwendigerweise der betreffende Ehegatte die Verfehlung zunächst mißbil-

---

[132]) Motive, § 1441, 7, S. 587; Klein, S. 108.

[133]) RGRK § 1565, 2; Soergel, § 1565, 2; Klein, S. 111; Gruchot 60, 867; Warn. 1918, Nr. 188; JW 1928, 789. A. M.: Neumann, S. 26; S. 29.

[134]) Opderbeck, Teil II, § 5, S. 53.

[135]) so Berger S. 28.

[136]) so Opet § 1565, 9 a.

[137]) Klein S. 108.

ligt haben muß[138]). Verzeihung und Zustimmung schließen einander aus[139]).

§ 14. Eventualzustimmung.

Es ist in Theorie und Praxis bisweilen von Eventualzustimmung gesprochen worden. Dabei wird an Fälle gedacht, in denen Ehegatten eine Verfehlung zunächst nicht wünschten und billigten, sie aber immerhin mit „dolus eventualis" für den Eintritt bestimmter Umstände im Voraus billigten, in Kauf nahmen. Hierher gehört vor allem der Fall, in dem ein angeworbener Detektiv den Gatten zum Ehebruch reizen soll. Wenn es bei solchen gestellten Gelegenheiten wirklich zum Ehebruch komme, dann — so wird entschieden — liege Zustimmung, zumindest Eventualzustimmung vor[140]).

Diesen Begriff einzuführen, ist jedoch überflüssig. Die Ehegatten haben tatsächlich zugestimmt, auch wenn sie nur dolus eventualis hatten. Man müßte sonst fast alle Fälle von Zustimmung, die im Voraus erteilt wird, als Eventualzustimmung bezeichnen, weil künftige Begehung von Ehewidrigkeiten des anderen Gatten stets ungewiß ist. Die einzigen Ausnahmen bildeten dann nur die Fälle, in denen der zustimmende Gatte ein eigenes Interesse verfolgte, die Verfehlung begünstigte, provozierte, beabsichtigte, direkten Vorsatz hatte.

§ 15. Der Widerruf der Zustimmung.

Vom Widerruf der Zustimmung ist schon die Rede gewesen.

Die Zustimmung zu einer in der Vergangenheit liegenden Verfehlung muß hinsichtlich Widerrufsmöglichkeit ebenso behandelt werden wie die Verzeihung, da gerade der gemeinsame Umstand, daß die Verfehlung der Vergangenheit angehört, der Grund dafür ist, warum die erteilte Verzeihung ihrem Wesen nach unwiderruflich ist[141]).

Daß eine erteilte Zustimmung zu einer zukünftigen Eheverfehlung wirksam widerrufen werden kann, wird — obwohl das Gesetz schweigt — allgemein anerkannt[142]).

Die Erteilung der Zustimmung gibt keinen Freibrief, verleiht kein Recht zu Eheverletzungen[143]). Nur gaben die Verfehlungen bis zum Widerruf keine Scheidungsgründe ab. Die Prostituierte muß nach dem

[138]) Staudinger § 1565, 6 a β; Planck § 1565, 17; RGRK § 1565, 4; Klein S. 111; Berger S. 40.

[139]) a. M. Planck § 1565, 16.

[140]) Planck § 1565, 16; Mitteis V S. 203; RGRK § 1565, 4; Gruchot 61, 121; 62, 122; Warneyer 1920 Nr. 201, 1921 Nr. 16; LZ 1918, 215; Rosenberg, Ehescheidung, S. 21.

[141]) Der Grund ist nicht die Rechtshandlungsnatur der Verzeihung, sondern gerade deren besondere Natur. Die Zustimmung ist auch Rechtshandlung, verträgt aber den Widerruf. Berger S. 56.

[142]) h. M. Enneccerus § 34, I: Opet § 1565, 9 a; Staudinger § 1565, 6 a; Planck § 1565, 20; RGRK § 1565, 4; Klein S. 112; Rosenberg, Ehescheidung, S. 20. Rosenberg macht nur eine Ausnahme bezügl. der Eventualzustimmung.

[143]) so z. B. Klein S. 113; OLG Colmar 4, 86; a. M. OLG Celle, 7, 103.

Widerruf entweder ihr Gewerbe einstellen oder sie muß gewärtig sein, schuldig geschieden zu werden. Keinem Manne kann zugemutet werden, mit einer Prostituierten in der Ehe zu leben, selbst dann nicht, wenn er jahrelang damit einverstanden gewesen war.

Die Zustimmung ist ein vollendeter Gesinnungsvorgang, und ein Ehegatte kann an ihn nicht unwiderruflich gebunden sein, da er selbst nicht wissen kann, ob und wie lange seine der Zustimmung zu Grunde liegende Gesinnung andauern werde. Man muß ihm die Möglichkeit offen lassen, seine wechselnde Gesinnung durch Widerruf zu betätigen, und zwar ist diese Möglichkeit ihrer Natur nach unverzichtbar. Ein Verzicht auf sie wäre mit dem Wesen der Ehe nicht vereinbar und unsittlich [144]).

Ein Widerruf ist nur möglich, nachdem zunächst eine wirksame Zustimmung vorlag. Mit dieser war ein Zustand geschaffen worden, während dessen die oder eine betreffende Verfehlung keinen Scheidungsgrund darstellte; der zweite Ehegatte konnte sich auf den Schutz des § 1565, II BGB verlassen. Will nunmehr der erste Ehegatte seine Zustimmung widerrufen, so kann es für einen wirksamen Widerruf nicht genügen, daß ein Gesinnungswandel sich vollzieht, auch nicht, wenn er sich irgendwie nach außen zeigt. Hatte ein Ehemann seiner Frau ein für allemal den Geschlechtsverkehr mit einem bestimmten Dritten gestattet und widerruft er diesem gegenüber, so kann ein erneuter Ehebruch dem Ehemann keinen Scheidungsgrund geben, wenn nicht der Dritte die Frau in Kenntnis gesetzt hatte.

Ein äußerer Vorgang ist erforderlich, damit der durch die Zustimmungserteilung geschaffene Zustand aufhört und der frühere normale wieder eintritt [145]). Wird widerrufen, so sind beide Gatten wieder zu gegenseitiger ehelicher Treue verpflichtet und haben das Druckmittel des Scheidungsrechts.

Die Zustimmung wirkt zu Gunsten des anderen Ehegatten, auch ohne daß dieser sie gekannt hätte. Der irgendwie in der Außenwelt perfizierte Gesinnungsvorgang des einen Ehegatten genügt. Durch den Widerruf der Zustimmung wird aber die Rechtsstellung des anderen Gatten nicht verbessert, sondern dieser verliert den Schutz, den ihm die Zustimmung laut § 1565, II BGB bisher gewährte. Der Ehegatte, dem Eheverfehlungen gestattet worden waren, muß zwar immer mit einem Widerruf rechnen, da er kein Recht auf dauernde Zustimmung erwerben konnte. Aber er muß verlangen dürfen, daß die Zurücknahme der Zustimmung nicht gegen ihn wirkt, ehe er von ihr Kenntnis erhalten hat.

Dies Erfordernis könnte zu der Annahme verleiten, für den Widerruf sei anders als für die Zustimmung selbst eine Willenserklärung erforderlich. Wäre das der Fall, so wäre der Wille des Ehegatten allein entscheidend und genügend, und ein Wandel in der Gesinnung des widerrufenden Gatten wäre nicht erforderlich. Ein Gatte könnte dann ganz willkürlich seine Zustimmung zurücknehmen, ob-

---

[144]) Enneccerus § 34, I.

[145]) a. M. Krückmann S. 789; contrarius actus sei nicht nötig.

wohl ihn die Verfehlungen des anderen innerlich gar nicht irgendwie berührten. Diese Konstruktion ist jedoch unmöglich. Entweder wird die Zustimmung durch Willenserklärung erteilt, dann muß auch der Widerruf vom Willen abhängig sein; oder aber die Zustimmung ist Rechtshandlung, dann ist diese und damit notwendig verbunden auch der Widerruf der Zustimmung ein Rechtswirksamkeit verleihender Ausdruck der Gesinnung des Ehegatten. Da — wie dargestellt wurde — bezüglich der Zustimmung der Rechtshandlungstheorie der Vorzug zu geben war, muß auch für wirksamen Widerruf eine Rechtshandlung verlangt werden.

Aus der Handlung ist auf die ihr zugrundeliegende Gesinnung zu schließen, und deswegen muß, soll nicht seine Äußerung wirkungslos bleiben, im Innern des Widerrufenden sich ein Wandel vollzogen haben.

Hat seine Gesinnung sich nicht geändert, so liegt nach wie vor zustimmende Gesinnung vor, auf die es für wirksame Zustimmung im Grunde allein ankommt. Wollte man annehmen, daß der Widerruf ganz willkürlich erfolgen könnte, so käme man zu dem unhaltbaren Resultat, daß ein Ehegatte bei gleichbleibender Gesinnung wirksam zunächst zustimmen, dann widerrufen und wieder zustimmen könnte. Denn da er immer noch die zustimmende Gesinnung in sich trägt, bedürfte es nur einer erneuten Perfektionshandlung, aus der die gleichgebliebene Gesinnungsart ersehen werden könnte. Die neue Perfektionshandlung könnte sogar den nachträglichen Schluß zulassen, daß der Ehegatte zur Zeit des Widerrufs die Verfehlungen innerlich gebilligt, also zugestimmt hatte.

Dem Widerruf der Zustimmung muß also ein Wandel in der wirklichen Gesinnung, der sittlichen Auffassung des betreffenden Ehegatten vorausgehen. Die frühere gleichgültige Einstellung muß verschwunden sein[146]). Dies folgt aus dem Rechtshandlungscharakter des Widerrufs, daraus, daß es für die Beurteilung der Widerrufshandlung lediglich auf die zugrundeliegende Gesinnungsart ankommen kann.

Der Ehemann einer Prostituierten, der seiner Frau jahrelang die Ausübung ihres Gewerbes gestattet hatte, kann seine Zustimmung widerrufen, falls seine innere Einstellung sich gewandelt hat. Dazu gehört, daß er nunmehr gewillt und ernstlich entschlossen ist, mit der Frau, der er ja aus den früheren Eheverfehlungen keinen Vorwurf machen kann, in geordneter Ehe zu leben. Eine äußere und innere Wandlung des betreffenden Ehegatten muß vorangegangen sein, die beispielsweise noch nicht in bloßer Einreichung der Scheidungsklage erblickt werden kann.

---

[146]) h. M.: Planck § 1565, 20; Staudinger § 1565, 6a; Soergel § 1565, 2; Klein S. 113; Recht 1923 Nr. 519; Warn. 1918 Nr. 188; a. M. RGRK § 1565, 4; Soergel § 1565, 2; Rosenberg, Ehesch. S. 20; JW. 1908, 336; Recht 1923 Nr. 519; Warn. 1908 Nr. 483; LZ 1921, 104.

Der Widerruf der Zustimmung erfolgt also ebenfalls durch Rechtshandlung. Ein äußerer Vorgang ist erforderlich, der darauf schließen läßt, daß die für die Zustimmung entscheidend gewesene Gesinnung verschwunden ist.

Eine Besonderheit ist aber das Erfordernis für die Wirksamkeit des Widerrufs, daß der andere Ehegatte von ihm Kenntnis hatte oder haben mußte. Es kann zwar nicht die Rede davon sein, daß der Widerruf einen Adressaten hätte[148]), daß er Willenserklärung oder gar empfangsbedürftige Rechtshandlung, eine Mitteilung[149]) wäre, daß der Widerruf dem anderen Gatten zugehen müßte. Bei der Rechtshandlung des Widerrufs kommt es auf die Gesinnung an, und die Äußerung ist nur Indiz. Grundsätzlich muß für die Zustimmung und den Widerruf dasselbe gelten. Aber der Gesetzgeber hat dem untreuen Ehegatten durch den § 1565, II BGB einen gewissen Schutz verleihen wollen, nicht weil er damit gesetzlich die Billigung der Eheverfehlungen zum Ausdruck bringen wollte, sondern weil er das Verhalten beider Ehegatten mißbilligte und für die Fälle der Zustimmung eine praktische Regelung finden mußte. Gesetzbücher müssen praktisch sein und dürfen nicht mit idealen Verhältnissen rechnen. „Das Recht hat eine höhere Aufgabe als bloß die, Sittliches zu verwirklichen". Nur das Zumutbare darf es verlangen[150]). Deswegen hat der Gesetzgeber für Ausnahmefälle eine wirksame Zustimmung zugelassen.

Wenn ein Ehegatte zu Eheverfehlungen des anderen seine Einwilligung erteilt hat, so kann man von diesem wohl noch moralisch verlangen, daß er die eheliche Treue hält. Rechtlich ist es ihm aber nicht zuzumuten[151]). Der Gesetzgeber darf es von ihm nicht verlangen. Aus diesem Grunde wurde dem BGB der § 1565, II eingefügt. Der Gatte, welcher zugestimmt hat, kann die Ehescheidung nicht verlangen.

Der darin enthaltene Schutz des anderen Gatten wäre für diesen beinahe wertlos, wenn er stets damit rechnen müßte, daß die Zustimmung durch Widerruf erloschen sei. Sinn und Zweck des Gesetzes verlangen, daß, bevor der Widerruf seine Rechtswirkung äußern kann, der andere Ehegatte ihn kannte oder doch kennen mußte[152]). Es kann nicht erfordert werden, daß der widerrufende Ehegatte sich direkt dem anderen gegenüber erklärt, vielmehr genügt es, wenn die Tatsache des Widerrufs diesem auf irgendeine Weise kenntlich wird, wenn also z. B. im oben geschilderten Falle die Ehefrau von dem Dritten über den Widerruf in Kenntnis gesetzt wird. Allerdings wird es sich für den Widerrufenden empfehlen, will er sicher gehen, sich direkt zu erklären, da er sonst damit rechnen muß, daß die Nachricht den ande-

[148]) so Klein, S. 113.
[149]) Vgl. Manigk, We u. Wg, § 172, S. 706 ff.
[150]) Manigk, Naturrecht S. 36/37; ders. in JW 1930 234/235.
[151]) Vgl. oben S. 11/12 dieser Abhandlung.
[152]) Planck § 1565, 20; Klein S. 115 Anm. 38; OLG Celle 7, 103. a. M. Krückmann S. 789.

ren Gatten gar nicht, verstümmelt oder in einer Form erreicht, der dieser die Ernstlichkeit nicht ansieht. Es kommt, anders als bei der Zustimmung, bei ihrem Widerruf nicht darauf an, wie der betreffende Ehegatte die Äußerung auffassen sollte[153]), andererseits nicht darauf, wie er sie tatsächlich aufgefaßt hat[154]), aber darauf, wie er die Äußerung auffassen mußte. Man wird es auch genügen lassen, wenn ein Widerruf nach den Umständen wahrscheinlich war, sodaß die entsprechende Vermutung für den anderen Gatten nahe lag. Dieser durfte sich dann auf die erteilte Zustimmung nicht mehr verlassen und er war infolgedessen nicht mehr i. S. von § 1565, II BGB schutzwürdig.

Wenn also auch der Widerruf keineswegs eine der Zustimmung wesensgleiche Rechtshandlung darstellt[155]), so muß allerdings — abgesehen von dieser Besonderheit — eine gleiche rechtliche Behandlung verlangt werden. Der Widerruf muß ernstlich abgegeben werden, da er sonst selbst dann wirkungslos ist, wenn der Ehepartner die Äußerung für ernstlich gemeint hielt. Eine konkludente Handlung ist ausreichend, in der Erhebung der Scheidungsklage wird in der Regel ein Widerruf zu erblicken sein[156]), aber auch nicht immer, z. B. dann nicht, wenn gerade der scheidungbegehrende Gatte die Verfehlung des anderen als Scheidungsgrund geltend macht, die er zu diesem Zwecke selbst provoziert hat[157]).

Ebenso verträgt der Widerruf keine Bedingung, Zeitbestimmung oder Auflage.

§ 16. Die Zustimmung als Scheidungsgrund.

§ 1568 BGB enthält die relativen Scheidungsgründe. Deren Relativität besteht darin, daß der Richter für jeden Einzelfall die Frage prüfen muß, ob dem verletzten Ehegatten die Fortsetzung der Ehe zugemutet werden kann oder nicht. Bei der großen Verschiedenheit der Ehen sowie der Ehegatten und deren Gesellschaftsstufen werden dieselben Handlungen nicht stets gleich gewertet werden dürfen. Handlungen, die in der einen Ehe Scheidungsgründe darstellen würden, brauchen in einer anderen gar keine Verfehlungen zu sein.

Die Erteilung einer Zustimmung i. S. des § 1565 Abs. II BGB kann — sie braucht es nicht — den anderen Ehegatten beleidigend treffen, zumal dann, wenn sie nicht oder nicht ernstlich begehrt wor-

---

[153]) a. M. Staudinger § 1565, 6 a; LZ 1923 S. 229.

[154]) a. M. Planck § 1565, 20, der zu Unrecht den Zustand, der durch die Zustimmung geschaffen wurde, einen „gewissermaßen vertragsmäßigen" nennt und dem treulosen Ehegatten den Schutz seines guten Glaubens zubilligen will; so auch Recht 1912, 3095.

[155]) wie Klein annimmt, S. 13.

[156]) so Planck § 1565, 20; Staudinger § 1565, 6 a; Berger S. 28; Klein S. 113; Rosenberg, Ehescheidung S. 20; allerdings mit Ausnahme betr. die Eventualzustimmung. JW 1910, 476; LZ 1921, 104; Gruchot 54, 1040.

[157]) so Rosenberg, Ehescheidung S. 20; Recht 1914, 2474.

den war. Die Erteilung der Zustimmung wird meist auf niedriger Gesinnung beruhen und kann ihrerseits geeignet sein, dem Partner die Fortsetzung der Ehe unerträglich zu machen[158]). Schon das Versprechen einer Belohnung an einen Detektiv für den Nachweis eines Ehebruches kann als Scheidungsgrund nach § 1568 BGB genügen[159]). Richterlichem Ermessen im Einzelfall ist es vorbehalten, die Entscheidung darüber zu treffen, ob die Zustimmung als Scheidungsgrund ausreichend erscheint, was sehr wohl möglich ist[160]).

Es ist allerdings kaum denkbar, daß die Zustimmung eines Ehegatten dem anderen dann als relativer Scheidungsgrund dienen kann, wenn dieser von der Erlaubnis Gebrauch gemacht hat. Durch solche Handlungsweise zeigt er an, daß die Zustimmung ihn nicht so schwer treffen konnte, da seine eigene Moral dazu nicht hoch genug bewertet werden kann. Klein spricht in solchen Fällen geradezu von einer Zustimmung zur Zustimmung und will in dem Sinne den § 1565, II auf § 1568 BGB anwenden[161]). Diese Konstruktion erscheint aber zu kühn und auch entbehrlich.

C. § 17. Die Beweislast.

Eine heißumstrittene Frage ist es, von wem für die Tatsache der erfolgten Zustimmung die Beweislast zu tragen ist, d. h. welcher Partei die Nichterweislichkeit dieser Tatsache im Prozeß zum Nachteil gereichen muß[162]).

Ist § 1565, II eine Gegennorm zu der in § 1565, I enthaltenen oder gehören § 1565, I und II BGB zusammen, bilden sie eine einzige Norm?

Der Kläger hat die Beweislast für alle den Klageanspruch begründenden Tatsachen. Enthält § 1565, II BGB eine Gegennorm, dann braucht der Kläger nur die den Tatbestand des Abs. 1 begründenden Tatsachen beizubringen, die Beweislast für die Tatsache der erteilten Zustimmung zu tragen, ist Sache des Beklagten.

Für die Verzeihung entsteht die Streitfrage nicht. Damit eine Verzeihung stattfinden kann, muß bereits ein Scheidungsgrund vorliegen. Die Verzeihung vernichtet ihn wieder. § 1570 BGB enthält eine Gegennorm zu der das Scheidungsrecht des Klägers begründenden und bürdet damit dem Beklagten die Beweislast für die Verzeihungstatsache auf.

---

[158]) Rosenberg, Ehescheidung S. 14; Klein S. 107.

[159]) Rosenberg, Ehescheidung S. 21.

[160]) Staudinger § 1565, 6a; § 1568, 3 i; Klein S. 110 Anm. 24. Recht 1912 Nr. 3212; 1922 Nr. 1611; Gruch. 62. 385 ff.

[161]) Klein in Seuff. Bl. 77, 368.

[162]) Fr. Leonhard § 36, 144; Schmidt § 83 S. 435; Rosenberg, Beweislast § 1, II S. 11; § 3, I S. 21; § 9, II 1 S. 121/122.

Bei der Zustimmung liegen die Verhältnisse schwierig, auch bei der nachträglich erteilten. Denn auch diese bezieht sich zunächst auf den Zeitpunkt der Eheverfehlung. Der bei Kenntnis der Verfehlung bei dem verletzten Gatten einsetzende Denkprozeß kann ja nur zu einer Zustimmung führen, wenn der Gatte das Verhalten des anderen nicht mißbilligt. Kommt er erst nach innerer Überwindung zur Billigung, so liegt Verzeihung vor, und die Frage nach der Beweislast entsteht nicht.

Diese Überlegung führt aber auch zu einem wichtigen Ergebnis bezüglich des für die Zustimmung bestehenden Problems. In der Natur der Zustimmung als einer Billigung oder wenigstens Nichtmißbilligung der Eheverfehlung liegt es begründet, daß das behauptete Ehescheidungsrecht wegen der Zustimmung gar nicht zur Entstehung gelangen kann, hat doch der Gesetzgeber das gesamte Ehescheidungsrecht nach Zumutbarkeitserwägungen gestaltet. Das durch seine Gesinnung bedingte billigende oder nichtbilligende Ergebnis des durch die Eheverletzung ausgelösten Denkvorgangs entscheidet darüber, ob ein Ehescheidungsrecht zur Entstehung gelangt. Die Tatsache erteilter Zustimmung verhindert das Scheidungsrecht am Entstehen, erstickt es im Keim (des Denkvorgangs). Es kann nicht die Rede davon sein, daß die Frage nach der Beweislast wie für die Verzeihung zu beantworten sei [163]), da die Zustimmung kein Scheidungsrecht vernichten kann.

§ 1565, II BGB enthält keine rechtsvernichtende Gegennorm [164]), aber auch keine rechtsausschließende oder -hemmende Einrede [165]), deren rechtsgestaltende Geltendmachung Erfordernis ihrer Wirksamkeit wäre [166]).

Die entgegengesetzte Meinung des Reichsgerichts in der Entscheidung RG 137, 49 scheitert auch daran, daß es in den Fällen von Zustimmung zu einer Eheverfehlung gemäß § 1568 BGB zu anderem Ergebnis kommen müßte. Da die absoluten Ehescheidungsgründe auf Zumutbarkeitserwägungen beruhen, kann es für die Entscheidung in vorliegender Frage keinen Unterschied machen, ob der geltend gemachte Scheidungsgrund ein absoluter oder relativer ist. Das Reichsgericht hat diese Schwierigkeit in der Entscheidung ausdrücklich unberücksichtigt gelassen, immerhin aber angedeutet, daß für relative Scheidungsgründe die Beweislastfrage wohl anders beantwortet werden müßte.

§ 1565, II BGB bestimmt, daß bei vorliegender Zustimmung die Bestimmung des ersten Absatzes nicht zur Anwendung kommen darf. Ist die Zustimmung unstreitig, so ist die Scheidung ipso iure ausgeschlossen, was auch aus § 622 ZPO hervorgeht [167]).

---

[163]) Rosenberg, Beweislast § 10, I S. 147. II, 1 c S. 152/53; a. M. RG 137, 49.

[164]) Rosenberg, Beweislast § 9, II, 1 b S. 124; v. Unzner in HWB S. 118; a. M. Mitteis V S. 203; Gruch. 29, 917.

[165]) Rosenberg, Beweislast § 9, II, 1 c S. 124.

[166]) a. M. RG 137, 49: die Zustimmung sei eine wahre Einrede.

[167]) so schon die Motive § 1441, 7 S. 586; Berger S. 61.

Damit ist aber erst das Vorproblem gelöst. Die Meinungen sind auch darüber geteilt, von wem die Beweislast für rechtshindernde Tatsachen zu tragen sei.

Fr. Leonhard behauptet, Sache des Klägers wäre es, alle den Klaganspruch begründenden Entstehungstatsachen zu beweisen, und dazu gehöre, gleichzeitig die Abwesenheit rechtshindernder Tatsachen darzutun, weil deren Anwesenheit den behaupteten Anspruch nicht entstehen lasse, sodaß die Klage also unbegründet sei. Wenn ein Anspruch am Entstehen verhindert würde, so sei dies kein selbständiger Gesetzesbefehl, sondern nur eine Negation des Hauptbefehls[168]).

So bestechend diese Argumentation erscheint, so kann ihr doch nicht gefolgt werden.

Die Negativentheorie ist zwar überholt. Allgemein wird zugegeben, daß die häufigen Schwierigkeiten, Negative zu beweisen, nicht den Schluß rechtfertigen, daß stets nur Positivenbeweise verlangt werden könnten[169]). Aber die Verfasser des BGB haben nach Möglichkeit diese Schwierigkeiten ausgeschaltet, indem sie im Text Beweislastregeln für besondere Fälle gaben. Zu diesen gehören nicht nur die Fälle der gesetzlichen Vermutungen, sondern auch alle die, in denen der Gesetzgeber einer vorangegangenen Bestimmung einen Nachsatz mit einer Konjunktion wie z. B. „falls nicht" angehängt hat. Noch deutlicher ist die Absicht aber dann, wenn wie in § 1565, II BGB die rechtshindernde Bestimmung in einem besonderen Absatz erscheint[170]).

Die Ansicht Leonhards ist auch praktisch nicht durchführbar. Sie kommt nicht ohne „Darlegungs-, Aufklärungs-, Anregungslasten" des Beklagten aus[171]). Leonhard braucht solche „Sicherheitsventile gegen seine eigene Lehre"[172]).

Es darf nicht verkannt werden, daß er damit keineswegs der Beweislast des Beklagten nahekommt. Es ist ein großer Unterschied, ob der Beklagte die Zustimmungstatsachen behaupten und darlegen, die Anregung ihrer Prüfung geben muß, oder ob er sie beweisen muß und bei ihrer Nichterweislichkeit den Prozeß verliert.

§ 1565, II BGB enthält eine Gegennorm zu der Grundnorm, die der Abs. I aufstellt. Es ist nicht richtig, daß der Beklagte mit der Behauptung, Zustimmung habe vorgelegen, lediglich den Klaggrund leugnete. Vielmehr wendet er ein selbständiges Verteidigungsmittel ein,

---

[168]) Leonhard, § 42, 156; § 43, 156; § 44 S. 161/62; § 128 S. 423. Ebenso Levis in JW 1932, 1345; Soergel § 1568, VI; Recht 1919 Nr. 1498; 1920 Nr. 677; JW 1932, 1345.

[169]) Rosenberg, Beweislast § 25, I S. 368 ff.; Oertmann § 79 A, 4 b S. 164.

[170]) h. M.: so Seuffert-Walsmann § 283, 3 S. 146; Rosenberg, Beweislast § 10, II, 1 c S. 152—155; Oertmann § 79 A, 4 a β S. 163; Goldschmidt § 44, 1 a S. 134.

[171]) Leonhard § 66 S. 226; § 87 S. 267.

[172]) Rosenberg, Beweislast, § 10, II, 3 c, S. 168.

für das er die Beweislast zu tragen hat [173]). Allerdings kann zugegeben werden, daß § 622, I ZPO nach dem Offizialprinzip zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehen den richterlichen Eid darüber zuläßt, ob der verletzte Ehegatte zugestimmt hatte oder nicht [174]). Der Beklagte gibt die Klagetatsachen zu, behauptet darüber hinaus jedoch noch ein „Aber" [175]).

Diese praktische Regelung hat ihren Grund nicht in der Wesensart der Einwendung wie bei der Verzeihung, sondern lediglich darin, daß der Gesetzgeber zur Vermeidung des Negativenbeweises dem Beklagten die Beweislast ausdrücklich aufgebürdet hat. In der Tat ist es praktisch bedeutend einfacher, Tatsachen, aus denen eine erfolgte Zustimmung ersehen werden kann, vorzubringen, als den Beweis zu führen, daß solche Tatsachen nicht vorhanden sind.

Die Tatsache des erfolgten Widerrufs der Zustimmung hat zweifellos der Kläger zu beweisen.

---

[173]) Opet § 1565, 10; Rosenberg, Beweislast § 6, VII, S. 95; § 10, II, 3 b, S. 161/62; Goldschmidt § 44, 1 a S. 134; Manigk, Revisibilität S. 130.

[174]) Opet § 1565, 10; RG 85, 205.

[175]) Berger S. 61; Rosenberg, Beweislast § 9, II, 5 S. 126/27; a. M. Warn. 1913 Nr. 328.

Zweiter Teil.

Die Zustimmung des einen Ehegatten zum ehewidrigen Verhalten des anderen im Strafrecht.

§ 18. Die Zustimmung als Einwilligung des Verletzten zu Vergehen gemäß § 171, 172 StGB.

Die Institution der Ehe wird auch strafrechtlich durch mehrere Verbotsgesetze — nämlich die §§ 171, 172 StGB — geschützt. Von der Zustimmung eines Ehegatten zum rechtswidrigen Verhalten des anderen wird in ihnen nichts erwähnt. Trotzdem kann diese Zustimmung von Bedeutung sein, da die Rechtswissenschaft das übergesetzliche „Prinzip des mangelnden Interesses" herausgearbeitet hat, das heute allgemein als rechtsgültig anerkannt wird [1]). Nach diesem Prinzip fehlt die Rechtswidrigkeit stets dann, wenn der durch die Handlung des Täters Verletzte in diese tatsächlich oder mutmaßlich eingewilligt hatte, sofern er überhaupt selbst über das betreffende durch das Strafgesetz geschützte Rechtsgut verfügen konnte.

Diese Einschränkung ist allerdings sehr wichtig. Daß sie gemacht werden muß, zeigt am deutlichsten § 216 StGB. Der Träger des angegriffenen Rechtsgutes muß in wirksamer Weise einwilligen, ist er ja auch der Träger des Interesses, bei dessen Mangel die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist [2]).

Wer dies im Einzelfalle ist, muß aus dem Tatbestand des betreffenden Strafgesetzes, aus dessen rechtspolitischem Ziel, seinem materiellen Gehalt, hervorgehen. Die Tatbestände unseres Strafrechts dienen als formeller Rückhalt der Unrechtsbestimmung und sind als solche unentbehrlich. Aber sie alle verkörpern einen materiellen Inhalt, der nicht in Vergessenheit geraten darf, soll Formalismus bei der Anwendung der Strafgesetze vermieden werden. Es muß oberster Grundsatz bleiben, daß der Mensch nicht für das Recht, sondern das Recht für den Menschen geschaffen ist.

Lange und erbittert ist darum gestritten worden, wie und wo der materielle Unrechtsgehalt gesucht werden muß.

Henke sah in jedem Verbrechen die Verletzung oder Gefährdung eines subjektiven Rechts und kam daher zwangsläufig zur Zulassung der Einwilligung in jedem Falle als Verfügung über dasselbe [3]).

---

[1]) Mezger § 27 S. 205, 206; § 28 S. 209; Sauer § 13, II 2 c Anm. 3.
[2]) Ebermayer, Einl. 13 S. 18; Olshausen vor § 51, 10 S. 256.
[3]) so Henke, Handbuch I S. 236.

Andere schränkten diese Theorie ein, indem sie die durch die Strafgesetze geschützten „subjektiven Rechte" in veräußerliche und unveräußerliche einteilten [4]).

Die Vertreter der Interessentheorie sahen ein, daß der Staat durch die Strafgesetzgebung durchaus nicht nur subjektive Rechte seiner Staatsbürger schützt, sondern daß er selbst ein eigenes Interesse an der Verfolgung der Rechtsbrecher hat. Sie erkannten, daß den einzelnen strafrechtlichen Tatbeständen deren rechtspolitische Gründe zu entnehmen sind, als die staatlichen Schutz verdienende Rechtsgüter erscheinen. Träger dieser Schutzobjekte kann das Individuum, aber auch der Staat sein [5]). Sie stellten daher den Satz auf: Einwilligung des Verletzten schließe für diejenigen Delikte die Rechtswidrigkeit aus, bei denen das staatliche Interesse vor dem Interesse des betroffenen Individuums zurücktrete. Dies sei vor allen Dingen bei den das Einzelvermögen angreifenden Delikten der Fall.

Die Interessentheorie [6]) hat den Fehler gemacht, entscheidendes Gewicht auf das im Einzelfall vorhandene oder nichtvorhandene Interesse des Rechtsgutsträgers zu legen. Die hier angewandte Methode ist zu individuell und kann eine billige Rechtsprechung nicht garantieren [7]).

Dies kann nur eine objektive Methode, und darum muß das generelle, das „Durchschnittsinteresse", gesucht werden, das den formellen Strafrechtsnormen zugrunde liegt.

Materieller Unrechtsgehalt ist die Verletzung eines Durchschnittsinteresses, mit anderen Worten, da durch die Strafgesetze die besonderen Durchschnittsinteressen rechtlich geschützt werden, Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes.

Die besonderen Interessen sind gesetzlich zu Rechtsgütern erhoben worden. Diese sind gleichzeitig Schutzobjekte der Strafgesetze und Angriffsobjekte für die Rechtsbrecher. Wohl unterschieden werden müssen aber die Begriffe des Angriffs- und auf der anderen Seite des Handlungs- oder Tatobjekts. Dieses wird durch die Tat körperlich angegriffen, die Tat vollzieht sich äußerlich an ihm, während jenes das Rechtsgut, das Wertobjekt ist, um dessentwillen das Gesetz die Strafe androht [8]). Angriffs- und Tatobjekt können zusammenfallen, doch brauchen sie es nicht, und bei den in vorliegender Arbeit interessierenden Tatbeständen der §§ 171 und 172 StGB kann davon nicht die Rede sein.

---

[4]) so Luden S. 316, 321 ff.; Wächter S. 182, 189; Köstlin S. 98 ff.

[5]) Honig S. 60; v. Hippel § 19, 3, S. 244; Mezger § 25, 4 S. 200.

[6]) Frank, 16. Aufl. vor § 51, III S. 133; v. Hippel, § 19 S. 243; Liszt-Schmidt § 35, IV S. 204; Sauer § 13, II, 2c S. 336; Keßler § 5 S. 48 ff., S. 65.

[7]) erkannt von Hippel § 19, II, 4 S. 246, der die Interessentheorie als Notausweg bezeichnet.

[8]) Mezger § 23, I, 3 S. 188; § 25, IV S. 200; § 28, III S. 214; Honig S. 94.

Zur Vollendung der Bigamie muß der Rechtsbrecher dem neuen Ehepartner und dem Standesbeamten gegenüber tätig werden, durch deren Zusammenwirken mit ihm die neue Ehe scheinbar Rechtsgültigkeit erlangt. Der Ehebruch wird vollendet durch gleichzeitige Tätigkeit und zwar gegenseitige körperliche Berührung des untreuen Ehegatten und eines außerhalb der Ehe stehenden Dritten. Die Objekte, auf die sich die deliktischen Tätigkeiten beziehen, sind die genannten Personen, bezw. deren Körper; nicht sind sie Rechtsschutzobjekte.

Die §§ 171 und 172 StGB sind zum Schutze der Ehe und ihrer Erhaltung normiert worden, der Ehe, die der höchsten Rechtsgüter eines ist. Ehepartner haben im allgemeinen — allerdings nicht stets — ein starkes Interesse daran, daß die Ehen erhalten bleiben, sodaß ein „Durchschnittsinteresse" daran festgestellt werden kann. Dies umsomehr, als die Allgemeinheit, der Staat, ebenfalls dieses Interesse hat. Die Institution der Ehe ist ein staatserhaltendes Element, sie dient als Grundlage des sittlichen Gemeinschaftslebens vor allem der ordentlichen Erziehung des Staatsbürgernachwuchses [9]). „Die Familie ist die faktische Einheit, welche das Ethos gegen Natur und Sünde ins Feld führt" [10]). Die Gewährung zu leichter Scheidungsmöglichkeit könnte außerdem einen Anreiz zu leichtfertigen Eheschließungen geben [11]).

Weil der Staat ebenfalls interessiert ist, entsteht die Frage, ob auf den Schutz der Strafdrohungen in §§ 171 und 172 StGB durch den verletzten Ehegatten rechtswirksam verzichtet werden kann, ob die Rechtswidrigkeit der dort bezeichneten Eheverletzungen entfällt, wenn er ihnen zustimmt.

Für § 171 StGB muß das unbedingt verneint werden. Die Einehe ist in unserem Volksempfinden seit Jahrtausenden so tief verwurzelt, in der Religion und im Gesetz verankert, daß derjenige, der eine Doppelehe eingeht, nicht hauptsächlich aus Rücksicht auf den gekränkten Ehegatten, sondern gerade aus öffentlichen Rücksichten strafwürdig erscheint [12]).

Anders ist vielleicht zu entscheiden hinsichtlich Vergehen gegen § 172 StGB. Ein Ehebruch gibt Anlaß zur Bestrafung nur, wenn er zuvor Anlaß zur Scheidung der Ehe geworden ist.

Der Einwand, ein wegen Ehebruchs schuldig geschiedener Ehegatte könne nicht die Zustimmung des anderen gehabt haben, ist nicht stichhaltig. Denn erstens braucht der betreffende Gatte im Scheidungsprozeß die Zustimmung nicht vorgebracht zu haben, und sodann ist es auch möglich, daß die Auffassung des Zivilrichters, es habe keine Zustimmung vorgelegen, unrichtig ist, und der Strafrichter ist an die Entscheidung des Zivilrichters nicht gebunden.

Aber die Strafbarkeit der Ehebrecher hängt außer von der vollzogenen Scheidung noch von der Stellung eines Strafantrages ab. Durch diese Bestimmung wird dem verletzten Gatten also die Disposi-

[9]) Mugdan S. 302; Jung S. 1042.
[10]) De Lagarde, zit. bei Jung S. 1025.
[11]) Denkschrift S. 213.
[12]) Hippel § 19, II, 3 a S. 244; a. M. Honig S. 132.

tion völlig überlassen. Bei erster Überlegung erscheint die Ansicht richtig, die meint, das Interesse des Staates an der Bestrafung der Rechtsbrecher trete vor dem Interesse des verletzten Ehegatten zurück; dieser sei der alleinige Träger des in § 172 StGB geschützten Rechtsgutes [13]). Und doch ist sie verfehlt, wie die weitere Überlegung beweist, welcher Grund den Gesetzgeber veranlaßt hat, den Strafantrag zu erfordern: Verschwiegenheitsrücksichten auf den schuldlosen Ehegatten [14]). Es liegt im öffentlichen Interesse — wegen des abschreckenden erzieherischen Moments —, daß Ehebrecher bestraft werden. Ist der Strafantrag einmal gestellt, dann braucht das öffentliche Interesse nicht mehr zurückzutreten. Einwilligung des Verletzten kommt als Schuldausschließungsgrund auch hier nicht in Betracht [15]).

§ 19. Zustimmung und Kuppelei.

Eine Zustimmung gemäß § 1565, II BGB kann, braucht aber nicht den Tatbestand des § 180 oder § 181 StGB auszumachen [16]). Kuppelei ist mehr als Zustimmung. Wer einer Eheverfehlung des Gatten zustimmt, leistet ihr damit noch nicht Vorschub. Außerdem gehört zum Tatbestand der Kuppelei noch, daß das Vorschubleisten gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz geschieht.

---

[13]) so scheinbar Frank, 16. Aufl. vor § 51 S. 133; Gerland § 140, I, 3 S. 389; Honig S. 123 ff., 126, 127, 129, 133; a. M. Sauer § 13, II, 2 c S. 336; Keßler § 7, S. 100; v. Hippel § 19, II, 4 S. 246.

[14]) Mezger § 28, III, 4 S. 218.

[15]) so Ebermayer, Einl. 13 c S. 20; § 172, 6 S. 564; Olshausen § 172, 9 a S. 770; v. Hippel § 19, II, 3 a S. 244. RGSt 14, 205/06; 25, 119. a. M. Binding § 148, 4, S. 715.

[16]) Planck § 1565, 17; Rosenberg, Ehesch. S. 21; Klein S. 111 Anm. 30.

Schluß.

Zusammenfassung der Ergebnisse.

Die Zustimmung eines Ehegatten zu ehewidrigem Verhalten des anderen und deren Widerruf sind bisher wenig — der Widerruf beinahe gar nicht — literarisch gewürdigt worden. Daß sie zu wenig behandelt worden sind, geht vor allem aus der völlig unsicheren Stellungnahme des Reichsgerichts zu den einschlägigen Fragen hervor. In der letzten Zeit hat sich wenigstens die Rechtshandlungstheorie in der Rechtsprechung scheinbar durchgesetzt. Es bleibt zu hoffen, daß das Reichsgericht aus dieser richtigen Stellungnahme in Zukunft auch noch die notwendigen Folgerungen für die Behandlung der Zustimmung ziehen wird.

Die in vorliegender Schrift gefundenen Ergebnisse seien kurz zusammengestellt.

Strafrechtlich bedeutsame Wirkungen äußert die Zustimmung nicht.

Im Zivilrecht bedeutet die Entscheidung der Hauptfrage gleichzeitig das Fundament, auf dem die Beantwortung aller übrigen Fragen beruht. Es ergab sich als Grundsatz:

1. Die Zustimmung ist eine Rechtshandlung im engeren Sinne, und zwar eine solche, die sich als Ausführung einer Gesinnung darstellt.

Und als weitere Einzelheiten:

2. Die Tatsache innerer Zustimmung genügt nicht, weil diese ihrer Natur nach emotionalen Charakter hat, d. h. sich erst im Verhalten bewährt. Die Wirkung des § 1565, II BGB wird durch irgendein äußeres Verhalten des verletzten Ehegatten bedingt, das einen Rückschluß auf dessen zustimmende Gesinnung zuläßt.

3. Auch eine etwaige Zustimmungserklärung darf nur als Indiz für zustimmende Gesinnung gewertet werden.

4. Die Gesinnung, nicht der Wille des Ehegatten, entscheidet darüber, ob Zustimmung vorliegt.

5. Der andere Ehegatte braucht die Zustimmung nicht zu kennen.

6. § 1565, II BGB ist auf § 1568 BGB analog anzuwenden.

7. Wer rechtsgeschäftsfähig ist, ist rechtshandlungsfähig. Der beschränkt geschäftsfähige, nicht aber der geschäftsunfähige Ehegatte kann rechtswirksam zustimmen.

8. Geheimer Vorbehalt ist unbeachtlich, aber nicht gemäß § 116 BGB, sondern weil bei der Zustimmung nur die wirkliche Gesinnung entscheidet.

9. Die Zustimmung muß ernstlich gemeint sein, darf nicht auf irriger Tatsachenannahme beruhen; sie muß freiwillig erteilt werden.

10. Bedingungen, Befristungen, Auflagen verträgt die Zustimmung nicht. Eine „Bedingung" kann jedoch einen beschränkten Widerruf enthalten.

11. Die Zustimmung kann speziell oder generell erteilt werden.

12. Der Widerruf der Zustimmung ist ebenfalls Rechtshandlung im engeren Sinne.

13. Der Widerruf wird aber erst rechtswirksam, wenn der andere Gatte ihn kennt oder kennen müßte.

14. Im übrigen gelten für den Widerruf dieselben Regeln wie für die Zustimmung.

15. Die Zustimmung kann einen relativen Scheidungsgrund darstellen.

16. Die Beweislast für die Tatsache der Zustimmung trägt der Beklagte des Scheidungsprozesses. Die Tatsache des Widerrufs hat der Kläger zu beweisen.

Lebenslauf.

Am 26. Mai 1908 wurde ich, Werner Rudolf Albert Krause, in Berlin als Sohn des kaufmännischen Direktors Otto Krause und seiner Frau Clara geb. Männer geboren. Ich besuchte die Vorschule des Gymnasiums zu Berlin-Steglitz, später dieses selbst, das Paulsen-Real-Gymnasium zu Berlin-Steglitz und das Helmholtz-Real-Gymnasium zu Berlin-Schöneberg, wo ich am 16. März 1927 die Reifeprüfung bestand. Darauf studierte ich Rechtswissenschaft und zwar an den Universitäten Berlin, München und während der letzten Semester Marburg a. L. Am 5. März 1932 bestand ich meine erste juristische Staatsprüfung bei dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts Kassel und wurde am 9. Mai 1932 zum Referendar ernannt. Zur Ausbildung war ich am Amtsgericht Beeskow i. Mark und am Landgericht I Berlin, jetzt Landgericht Berlin beschäftigt.

Werner Krause.